

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UNA CONSECUENCIA LÓGICA DE LA LIBERTAD REPRODUCTIVA O UN CASO DRAMÁTICO DE LAS REPRODUCCIONES ASISTIDAS

SURROGACY: A LOGICAL CONSEQUENCE OF REPRODUCTIVE
FREEDOM OR A DRAMATIC CASE OF ASSISTED REPRODUCTION

M^a OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Universidad de Cantabria

Fecha de recepción: 11-12-15

Fecha de aceptación: 27-5-16

Resumen: *Los avances en materia de reproducción humana asistida han supuesto un gran cambio en los últimos años en el ámbito de la reproducción y la familia. La gestación por sustitución es, entre las distintas posibilidades de procreación que permite hoy la ciencia, la práctica que ha generado un debate más intenso. La polémica se mueve entre dos vertientes opuestas: quienes lo ven como una consecuencia lógica de la libertad reproductiva y quienes, por el contrario, lo entienden como un ejemplo límite, incluso dramático, de las reproducciones asistidas. El mayor protagonismo en este debate ha de estar centrado en los derechos de las mujeres y de los niños, por ser las personas más afectadas y más vulnerables en estas prácticas.*

Abstract: *Advances in assisted human reproduction have meant a major change in recent years in the field of reproduction and family. Among the various possibilities of reproduction that science allows today, it is surrogacy the practice that has generated a most intense debate. The controversy moves between two opposite views: those who consider it as a logical consequence of reproductive freedom and those who, on the contrary, understand it as an extreme example, even dramatic, of assisted reproduction. The greater role in this debate should be focused on the rights of women and children, being the most affected and most vulnerable to these practices.*

Palabras clave: gestación por sustitución, derechos de la mujer, derechos de los niños, el interés superior del menor

Keywords: surrogacy, women's rights, children's rights, the best interest of the child

1. LA INTERVENCIÓN DE LA TÉCNICA Y LA CIENCIA EN EL PROCESO REPRODUCTIVO: DE LA NATURALEZA A LA VOLUNTAD PROCREATIVA

Si hay algo común en todo el mundo, y en todas las épocas, es el reconocimiento de la importancia de la familia y las funciones que desempeña en la sociedad. La familia es un sistema social universal, un elemento clave en las estrategias de reproducción, no sólo biológica, sino económica, social y cultural¹. Pero, si la familia es un fenómeno universal, no hay un modelo universal de familia. La familia es un fenómeno histórico, una realidad social y cultural de enorme vitalidad y, por tanto, de gran diversidad. En proceso de cambio continuo, no se puede hablar de modelos familiares concluidos. Butler señala que las formas familiares son “formas sociales viables” que pueden ser “útilmente desafiadas”². Siendo así, la familia “venidera” probablemente tendrá que “reinventarse” una vez más³.

Diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales, tecnológicas y culturales han contribuido a modificar el desenvolvimiento de las familias y a pluralizar unos modelos de familias cada vez más complejos. Un tratamiento especial requieren en este momento los cambios generados por los avances tecnológicos y científicos en materia biológica y médica, de un mundo globalizado que relativiza las fronteras y su incidencia en uno de los mayores desafíos a los que se han enfrentado las familias en los últimos tiempos: la pérdida progresiva de los elementos naturales en su origen.

En el orden simbólico familiar la vinculación de la familia a la naturaleza es tan potente que los cambios en este sentido son acompañados de grandes incertidumbres y temores, entre los que no están ausentes los agoreros que proclaman el fin de la familia y hasta de la propia civilización. El binomio sexualidad/procreación que da origen a la familia natural es la base de una construcción social, cultural y jurídica de un modelo familiar concreto: la llamada familia tradicional, que es matrimonial, indisoluble y de diferenciación sexual.

¹ Cfr. P. BOURDIEU, *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, trad. de Th. Kauf, Anagrama, Barcelona, 2007, p. 133.

² J. BUTLER, *Deshacer el género*, trad. de P. Soley-Beltrán, Paidós, Barcelona, 2006, p. 165.

³ E. ROUDINESCO, *La familia en desorden*, trad. de O. L. Molina, Anagrama, Barcelona, 2004, p. 217.

La posibilidad de disolver del matrimonio, el reconocimiento de la filiación extramatrimonial y la igualdad de todos los hijos ante la ley, abrirá las primeras brechas en aquel modelo tradicional. Pero entonces lo biológico, como un proceso de reproducción natural sustentando en aquel binomio sexualidad/procreación, cobrará incluso mayor protagonismo, posibilitando la investigación de la paternidad y siendo el dato biológico un criterio decisivo en la atribución de la filiación paterna.

Será la adopción quien pondrá a prueba la verdad biológica, como elemento constitutivo de la paternidad/maternidad legal, al situar al elemento volitivo como criterio determinante para la atribución de la condición de padre y/o madre. El derecho procederá entonces a sustituir los inexistentes lazos biológicos por iguales vínculos jurídicos. Los vínculos jurídicos que se establecen en materia de adopción permitirán combinaciones distintas a las que permitía la familia natural, entre ellas la creación de familias con hijos de personas del mismo sexo, un vínculo inexistente en la filiación natural. Los efectos de la transgresión de la diferenciación sexual, como parte del orden simbólico familiar, pretenderán mitigarse justificando la existencia de unos vínculos jurídicos, carentes de referencia biológica alguna, en la protección de órdenes familiares diversos, con criterios de igualdad, y en el interés superior del menor. Ahora bien, la sexualidad y la reproducción siguen estando unidas en el acto procreativo, otra cosa es el ejercicio y el reconocimiento jurídico de las funciones parentales.

Sin embargo, para cuando el derecho reconoce vínculos de filiación a parejas del mismo sexo ya puede apreciarse una gran separación entre la procreación y sus procesos naturales. El proceso de procreación es cada vez menos natural y más consciente, problematizado, planificado y controlado, en palabras de Gunter Grass, los partos son, sobre todo, “mentales”⁴, protagonizados por la voluntad del hijo deseado, no por una mera consecuencia natural derivada de la práctica de relaciones sexuales. La sexualidad no va unida necesariamente a la reproducción, para que esta unión se produzca es preciso que se complemente con la voluntad de procrear.

Sólo faltaba para quebrar la unidad naturaleza-cultura en el ámbito familiar, que la base natural humana de la procreación entrase en el horizonte

⁴ El autor aborda las diferentes formas en que se afronta la paternidad y la maternidad en el mundo y lo hará a propósito de un viaje a Asia, en el verano de 1980, de una pareja de profesores, Harm y Dörte, en el que se plantean la conveniencia o no de tener un hijo. G. GRASS, *Partos mentales o los alemanes se extinguen*, trad. de G. Dieterich, Alfaguara, Madrid, 1999.

de la disponibilidad técnica y de la conquista científica, para que la voluntad de procrear se desligue de la sexualidad y la reproducción pierda como únicos referentes sus bases naturales⁵. Entonces, se ha llegado a decir que las posibilidades de reproducción en manos de la ciencia sustituyen “el calor de los cuerpos por la frialdad de los laboratorios”, disocian “el amor conyugal y el don de la vida” y, en última instancia, provocan la “objetivación del hijo”, quien antes que “sujeto amado fue objetivo y fruto del conocimiento de quienes tuvieron todo el poder sobre él”⁶.

Pero, la preservación de los elementos naturales y biológicos en los procesos reproductivos es uno de los objetivos fundamentales en la reproducción asistida⁷. Si, por un lado, la intervención de la ciencia y la técnica en la reproducción han contribuido a desdibujar las huellas del tradicional orden simbólico de la familia construido sobre el orden natural de la procreación; por otro lado, paradójicamente, permiten retornar a lo natural. Como resultado del proceso de procreación médicamente asistido, la ciencia ha conseguido disociar, combinar y fragmentar elementos y fases de la reproducción que la naturaleza mantenía unidos, corrigiendo o sustituyendo aquellos elementos o fases disfuncionales y tratando de preservar aquellos otros que sí funcionan naturalmente, de tal manera, que el resultado y el procedimiento de reproducción *artificial* sea lo más parecido posible a un proceso de reproducción *natural*. Con la preservación del vínculo genético, con al menos uno de los padres, la ciencia y la técnica se intentan aproximar a la naturaleza y cuando no es posible se adoptan “estrategias de ocultamiento, invisibilidad, clandestinidad y secretismo”⁸. Así, por ejemplo, si se recurre a la donación de gametos se busca la similitud fenotípica del donante anónimo con el futuro padre o madre, para que con el parecido se pueda seguir manteniendo un patrón de identidad respecto a los padres de deseo que la genética no

⁵ Ya la medicalización del embarazo y el parto hace que desaparezca en el proceso de gestación la idea de una naturaleza pura, para convertirse en un proceso administrado por expertos. Con las técnicas de reproducción asistida la idea paternidad/maternidad tradicional y la reproducción se convertirán en dos fenómenos independientes. Cfr. U. BECK y E. BECK-GERNSEIM, *El normal caos del amor. Las nuevas formas de relación amorosa*, trad. de D. Schmitz, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 164, 220-221.

⁶ J. F. POISSON, *Bioética. ¿El hombre contra el hombre?*, trad. de M. Martín, Rialp, Alcalá, 2009, p. 147.

⁷ Cfr. C. LEMA AÑÓN, *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Trotta, Madrid, 1998, p. 302.

⁸ C. ALVÁREZ PLAZA, *La búsqueda de la eterna fertilidad. Mercantilismo y altruismo en la donación de semen y óvulos*, Alcalá, Jaén, 2008, p. 238.

sustenta. De tal manera, que mientras los procesos naturales se “desnaturalizan” en el laboratorio, con la búsqueda de las similitudes fenotípicas se pretende que la naturaleza sea “un espejo en que mirarse, aunque sea de soslayo”⁹. Paradójico puede resultar también la reivindicación del derecho al hijo, mientras pretenden ser fortalecidos los derechos del hijo, cuando se están tomando importantes decisiones anticipadas sobre ese futuro hijo, quien se verá afectado en sus intereses y derechos¹⁰.

La ciencia ha conseguido manejar de forma flexible lo natural y lo cultural, a través de distintas posibilidades de uso y combinaciones de sustancias corporales –semen, óvulos y útero– que permiten distribuir identidades y pertenencias múltiples¹¹. Una flexibilidad que denota la fragilidad, por lo que a la familia se refiere, de la unión entre naturaleza y cultura, que ha provocado que algunas predicciones sobre terribles males futuros se recrudezcan en discursos que recuerdan el terrible destino del doctor Frankenstein, y su disgregadora osadía que le persigue y castiga, o la sociedad deshumanizada que relata Huxley en *Un mundo feliz*¹².

Sin embargo, la ciencia y la tecnología no determinan por sí solas un rumbo, al margen de las necesidades y exigencias que se producen en la sociedad y de lo que se pueda considerar permisible o aceptable¹³. En los avances científicos hay mucho de humano; junto a la ambición científica, con todo

⁹ P. DE LORA y M. GASCÓN, *Bioética. Principios, desafíos, debates*, Alianza, Madrid, 2008, p. 83. Junto a la similitud fenotípica del donante, algunas otras decisiones normativas como las que afectan al carácter anónimo de las donaciones o la confidencialidad de todo un proceso que, salvo excepciones, no reconoce el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos, parece estar dirigido a conseguir un resultado lo más parecido posible al de un proceso natural.

¹⁰ Cfr. J. COSTA-LASCAUX, “Mujer, procreación, bioética”, en G. DUBY y M. PERROT (eds.), *Historia de las mujeres en Occidente*, Tomo V, trad. de M. A. Galmarini, Taurus, Madrid, 1993, pp. 593-594. Una perspectiva muy crítica respecto a la existencia o posibilidad del reconocimiento del “derecho al hijo” frente a los “derecho del hijo”, o una mal entendida “humanización” de la procreación como una “conquista para la libertad”, en lugar de concebirla desde la perspectiva de la responsabilidad valorando el interés del menor, pueden verse en A. M. VEGA GUTIÉRREZ, “Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?”, en J. VIDAL MARTÍNEZ (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1998, pp. 9, 44, 50-51.

¹¹ Cfr. C. ALVÁREZ PLAZA, *La búsqueda de la eterna fertilidad. Mercantilismo y altruismo en la donación de semen y óvulos*, cit., pp. 223-224.

¹² Cfr. P. BALL, *Contra natura. Sobre la idea de crear seres humanos*, trad. de V. V. Úbeda, Turner, Madrid, 2012, pp. 245, 285.

¹³ *Ibidem*, p. 260.

lo humano que contiene¹⁴, las técnicas de reproducción humana asistida suponen un remedio contra la esterilidad y el sufrimiento humano¹⁵, además de una explosión de posibilidades y oportunidades en el ámbito de la voluntad y decisión humana en torno a la familia. En este sentido, es preciso que los progresos en materia científica no se desarrollen al margen de las necesidades humanas y sirvan, precisamente, a esas necesidades, con el objetivo de garantizar los derechos de las personas para mejorar la protección y calidad de vida de las familias y los individuos que las integran.

2. LAS FRAGMENTACIONES EN EL DISCURSO DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En el proceso de procreación médicamente asistida se produce, respecto a la reproducción natural, un incremento del espacio de intervención de actores múltiples y diversos, siendo uno de sus principales ámbitos de acción el cuerpo de la mujer y su última finalidad conseguir la anhelada descendencia. Biólogos, médicos, donantes, receptores, moralista y juristas, entre otros, tienen la oportunidad de manifestar, en el ámbito de la reproducción humana, sus distintas ideas, conocimientos, intereses y deseos en un proceso ahora separable y apropiable en diversas fases. Se ha llegado incluso a señalar que la interferencia en el proceso de reproducción humana de intereses económicos, a través de intermediarios, ha permitido la incursión de la procreación en la lógica de la producción, superándose la división tradicional entre lo productivo y lo reproductivo¹⁶. Al respecto, expresiones tales como

¹⁴ Esta ambición que manifestó Wagner, el ayudante de Fausto, el artífice de un ser humano creado en el laboratorio, quien convencido de que “el estilo antiguo de procrear es una vana necedad”, “el hombre, mucho mejor dotado que los animales, ha de tener en el futuro un origen más noble y elevado” y que tras su creación añadirá: “aquello que se consideraba secreto en la naturaleza” podemos “probarlo de modo racional, con osadía, y lo que ella antes organizaba por su cuenta” el hombre puede hacerlo cristalizar, porque “el misterio ha sido desvelado y está a plena luz”, “¿qué más queremos?”, “¿qué más nos exige el mundo?”, GOETHE, *Fausto*, trad. de M. Salmerón, Espasa, 8ª ed., Madrid, 2011, pp. 256-257.

¹⁵ Un sufrimiento magistralmente reflejado por García Lorca en *Yerma*, una mujer estéril que no concibe el mundo sin un hijo, en la que se pone de manifiesto cómo es vivido y afrontado este problema de diferente manera por hombres y mujeres y la presión e incompreensión social ante la esterilidad. Cfr. F. GARCÍA LORCA, *Yerma*, edición de I. M. Gil, Cátedra, 29ª ed., Madrid, 2012.

¹⁶ Cfr. P. BARCELONA, “Biopolítica y derechos”, trad. de H. Silveira, en H. C. SILVEIRA GORSKI (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, Icaria, Barcelona, 2008, p. 48.

“el nuevo negocio global”, “el mercado de la reproducción” o “el turismo reproductivo” no resultan ajenas al debate ético y jurídico sobre las técnicas de reproducción humana asistida¹⁷.

Las grandes transformaciones que han producido aquellas múltiples intervenciones en el proceso reproductivo alcanzan a valores, creencias y representaciones, considerados en otros momentos inamovibles e inescindibles, como la maternidad y la paternidad, el cuerpo y la persona o el cuerpo y la mente. Si la reproducción no está ya necesariamente unida a la sexualidad, la paternidad y maternidad biológica no están necesariamente unidos a la paternidad y maternidad social, ni el cuerpo y sus partes se identifican necesariamente con la persona, ni la parte física se considera necesariamente unida a la parte emocional del ser humano.

El uso de las técnicas de reproducción asistida plantea la posibilidad de disociar, fragmentar e, incluso, jerarquizar distintos aspectos de la paternidad y la maternidad, sometiendo las decisiones sobre la atribución de filiación paterna y materna a una serie de variables inexistentes cuando sólo se contaba con la forma de reproducción natural. Así en un proceso de procreación asistida pueden existir un padre genético –donante de semen– y un padre social –quien asumirá las funciones propias de la paternidad–, una madre genética –donante de óvulos–, una madre gestante –quien desarrolla el embarazo– y una madre social –quien asume la crianza y educación del bebé–. La complejidad de un proceso que admite múltiples variables genera importantes incertidumbres que han de ser reducidas o simplificadas, para conciliar los intereses de todas las personas afectadas: nada menos que padres, madres y su descendencia. El derecho habrá de decidir cuáles de estas paternidades y maternidades serán jurídicamente relevantes para atribuir la filiación y, por tanto, realizar una valoración sobre la importancia de lo genético, lo biológico y lo social y establecer prioridades en relación a aquellas valoraciones. En definitiva, habrá de valorarse si la genética, que permite transmitir vida, rasgos físicos y mentales, prolongar en la descendencia elementos personales, debe primar, en el orden social, como criterio de identidad personal, sobre la gestación, que permite compartir cuerpos y establecer lazos de apego entre gestante y feto; o si ambos criterios, o uno u otro, deben

¹⁷ Aunque también se ha negado la posibilidad de asimilar la reproducción a la producción, porque “el espíritu de la generación no puede ser el de la producción: las cosas se fabrican, a los seres se les recibe”, F. QUÉRÉ, *La ética y la vida*, trad. de S. Masó, Acento, Madrid, 1994, p. 135.

ceder ante el compromiso de asumir las funciones propias de la paternidad y/maternidad, que implican la crianza, cuidado y educación del individuo, permitiéndole su desarrollo personal¹⁸. En cualquier caso, no parece que la paternidad/maternidad pueda circunscribirse a una concreta información genética, ni a un proceso de gestación, sino más bien a una relación compuesta de elementos volitivos, afectivos y sociales, coincidentes en ocasiones con los biológicos y/o genéticos y otras no¹⁹. Precisamente, en las técnicas de reproducción asistida el elemento volitivo, como criterio de atribución de la filiación, va a ser realzado frente al genético²⁰, sin perjuicio de que el criterio biológico siga teniendo un peso importante en cuanto elemento de configuración de la identidad personal²¹.

Más allá de las maternidades y paternidades fragmentadas, con el desarrollo de la biotecnología, en asuntos como el trasplante de órganos, la investigación con seres humanos o la fecundación asistida, se ha planteado un proceso de fragmentación del cuerpo, antes unido de forma inescindible e identificado con la persona, su integridad y su dignidad. La persona deja de estar encerrada en los confines de un cuerpo que ahora puede ser separado en partes, células, tejidos y órganos de los que poder disponer de forma autónoma. El cuerpo se deconstruye y reconstruye, dejando de ser una unidad

¹⁸ Cfr. C. ÁLVAREZ PLAZA, *La búsqueda de la eterna fertilidad. Mercantilismo y altruismo en la donación de semen y óvulos*, cit., pp. 222-224. Cfr. M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

¹⁹ Cfr. E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 49, 51.

²⁰ El elemento volitivo habría de ser el criterio más relevante en la determinación de la filiación en tanto que la "causa eficiente última e infungible" para que el nacimiento se produzca, siendo "el resto de los elementos sustituible, fungibles, y no verdadera causa del nacimiento", F. RIVERO HERNÁNDEZ, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", en VV.AA., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Mundial Vasco*, Trivium, Madrid, 1988, p. 146.

²¹ Quizás porque, como se ha señalado, "la biología, la voluntad y la elección no siempre están en relación de oposición, sustitución, asimilación y/o exclusión, sino de adición, complementariedad, acumulación y/o sucesión", A. M. RIVAS RIVAS, "Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico", *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009, p.15. Las diferentes lógicas normativas sobre el parentesco dan cuenta de esta realidad. Por ejemplo, cuando se legisla sobre el derecho del adoptado a conocer su origen biológico o respecto al nacido mediante técnicas de reproducción asistida a conocer determinados datos de los donantes de gametos o cuando se exige para reconocer la filiación derivada de acuerdos de gestación que figure en la documentación la identidad de la mujer gestante.

biológica indivisible, para componerse y descomponerse en partes, de las que la persona puede desprenderse voluntariamente, sin que ello, necesariamente, afecte ni a su integridad, ni a su dignidad, ni a su condición de persona²². Bajo tales presupuestos se discute sobre la tradicional indisponibilidad y extracomercialidad del cuerpo humano, para permitir la posibilidad de convertir a partes del mismo en objetos del tráfico jurídico. La cuestión a debatir versará entonces sobre la extensión y los límites de las posibilidades de disposición sobre el propio cuerpo, como un problema cultural y no sólo biológico. Al respecto se han alcanzado algunos consensos, entre los que se incluye, la posibilidad de disponer del propio cuerpo, siempre y cuando no lo sea con ánimo de lucro. En este sentido, sería el ánimo de lucro lo que comprometería la autonomía, libertad o la dignidad del sujeto sobre determinadas decisiones relativas a su cuerpo o a partes del mismo²³.

Como colofón de las escisiones y fragmentación, en la reproducción asistida se ha planteado la posibilidad de separar cuerpos y mentes, la parte física y emocional del ser humano. A lo largo del proceso reproductivo no sólo se comprometen aspectos físicos, sino también psicológicos y emocionales, tradicionalmente considerados unidos, especialmente en relación a la maternidad. Sin embargo, la libertad reproductiva, sobre la base del reconocimiento de la autonomía y la capacidad de decidir sobre el propio cuerpo y sus funciones, ha permitido mantener también que las personas implicadas en la reproducción son capaces de tomar decisiones racionales sobre los distintos aspectos, servicios y fases del proceso. Las posibles implicaciones emocio-

²² Cfr. S. RODOTÀ, "Aventuras del cuerpo", trad. de H. Silveira, en H. C. SILVEIRA GORSKI (ed.), *El derecho ante la biotecnología. Estudios sobre la nueva legislación española en biomedicina*, cit., pp. 304-305.

²³ El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenido relativo a los derechos humanos y la biomedicina, cuya ratificación por España fue publicada en el BOE, núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830) hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, en el capítulo VII, artículo 21, establece que "el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro". Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece que en el marco de la medicina y la biología se respetará "la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro". Art. 3. 2, Diario Oficial de las Comunidades Europeas 18.12.2000 (2000/C 364). En este sentido la gratuidad sería una condición ineludible para admitir la licitud de la disponibilidad sobre aquellas sustancias, órganos o actividades implicadas en el proceso de reproducción asistida, cfr. C. F. FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1999, pp.117-118.

nales de la disposición de partes del cuerpo y prestación de estos servicios, especialmente la relación entre el bebé y la mujer que lo gesta y alumbra, serían, en este sentido, elementos imprescindibles a tener en cuenta en sus decisiones.

3. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y/O MATERNIDAD

La gestación por sustitución –también llamada maternidad subrogada, gestación por otro o vientre de alquiler– ha sido considerada como el “ejemplo límite de los retos de las procreaciones asistidas”²⁴. En virtud de esta práctica una mujer gesta un bebé a cuya maternidad renuncia, en favor de otra u otras personas que se comprometen a asumir la paternidad y/o maternidad social. En la gestación por sustitución pueden estar presentes el mayor número de intervinientes y posibles variables en un proceso reproductivo. La persona que pretende asumir la paternidad social puede aportar su material genético o no, en el caso de que se utilice semen de donante. La mujer que se compromete a asumir la maternidad social puede además aportar sus óvulos en la fecundación, los óvulos pueden ser de la propia gestante o pueden proceder de la donación de una tercer mujer. Es un recurso que, además, permite la posibilidad de tener descendencia, sin necesidad de recurrir a la adopción, a todas las modalidades familiares, incluidas las formadas por dos varones. Otras peculiaridades propias de esta modalidad reproductiva son destacables, como la intervención de intermediarios que propician los acuerdos entre gestantes y quienes desean ser padres y/o madres; las situaciones de desigualdad entre unas y otros, con los consiguientes riesgos de explotación de mujeres y tráfico de bebés; o el largo periodo de tiempo que supone la intervención en el proceso reproductivo de una mujer gestante y los posibles cambios de intención de las partes durante el mismo. Finalmente, siendo la práctica que introduce más variables en el proceso reproductivo y, por tanto, mayor número de elecciones, en cuanto a la determinación de identidades y pertenencias, es también la práctica que mayor conflictividad puede generar, de ahí que el proceso no sea ajeno a la intervención de abogados, jueces o encargados de registros civiles.

Un escenario amplio y complejo, en el que la diversidad de deseos, intenciones expectativas e intereses elevan casi a una nueva dimensión toda la

²⁴ J. COSTA-LASCAUX, “Mujer, procreación, bioética”, en G. DUBY y M. PERROT (eds.), *Historia de las mujeres en Occidente*, cit., p. 592.

problemática insertada en la reproducción asistida: la pérdida de elementos naturales de la familia, las paradojas en torno a tal desnaturalización, la fragmentación de la maternidad, de los cuerpos y del cuerpo y de la mente. Un escenario en que se intensifica la problemática ética y jurídica centrada en el orden simbólico de la mujer, la maternidad y la familia, en un marco de reconocimiento, protección y garantía de derechos, que incide de forma muy especial en los derechos de la mujer y de la infancia. Todo ello en un contexto global en el que, propiciado por la existencia de regulaciones diferenciadas, es difícil impedir que se traspasen las fronteras con el objetivo de eludir los límites establecidos en las normativas internas²⁵.

En comparación con el uso de otras técnicas en la reproducción que permiten la fragmentación de la paternidad e incluso de la maternidad, en el caso de la gestación por sustitución se pone de manifiesto que el hecho de que la maternidad pueda separarse de la gestación hace que se tambaleen los cimientos, reales o imaginarios, de las raíces mismas del proceso de reproducción, su lado natural, indisoluble, permanente y universal entre las madres y sus bebés, en los que se entreteje “la lógica del instinto maternal”²⁶. Desde el punto de vista simbólico, la vinculación de la maternidad a lo natural, a la propia identificación con la sexualidad femenina, sus roles culturales y vínculos afectivos perviven en el imaginario colectivo con gran intensidad. Hasta tal punto que, desde ciertos planteamientos no sería posible separar la condición de gestante de la atribución legal de maternidad, ni hacer disponible una parte concreta del cuerpo de la mujer –el útero y su capacidad reproductiva–, ni separar el cuerpo de la mente –la actividad de gestar y la experiencia emocional a ella ligada–, sin afectar a la dignidad de la mujer, del hijo que está por nacer y de la propia gestación.

El desarrollo de la gestación le proporciona a la mujer gestante una experiencia de madre que no admitirá, en muchos ordenamientos, prueba en con-

²⁵ Aunque la gestación en favor de otra persona no es una práctica novedosa, sí lo es el contexto en que se produce actualmente. Es una práctica antigua de la que la biblia da cuenta. Sara dijo a Abraham: “Mira, el Señor me ha hecho estéril: así que acuéstate con tu esclava, a ver si por medio de ella puedo tener hijos” (Génesis, 16, 14). Raquel dijo a Jacobo: “Aquí tienes a mi esclava Bilhá. Únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas. Así, por medio de ella, yo también podré tener hijos” (Génesis, 30, 3). No es tampoco nuevo que una de las mayores preocupaciones que genere la gestación por sustitución es la instrumentalización del cuerpo de la mujer, nótese que en estos pasajes la mujer gestante es una esclava.

²⁶ Los ejes simbólicos que representa la “ideología de la maternidad intensiva”, M. LOZANO ESTIVALIS, *Mujeres autónomas, madres automáticas*, Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga, 2004, p. 83.

trario, no permitiendo su renuncia a la atribución legal de la maternidad, aunque ser madre no sea su voluntad. En forma paralela a este tratamiento jurídico de la mujer que desarrolla la gestación, resultará jurídicamente desconocida aquella que manifestó su voluntad de asumir la maternidad, incluso cuando aporta sus óvulos en el proceso de reproducción. La madre genética será así tratada como si fuera una donante, pese a que esa no fue su voluntad y que la donación no tiene carácter anónimo. Y es que la gestación no puede permanecer oculta; a diferencia de lo que sucede en la donación de gametos, no pueden borrarse las huellas de un embarazo. La gestante será depositaria de una experiencia concreta de maternidad, erigiéndose en uno de los símbolos, que se necesita preservar, de todo lo natural contenido en el acto de reproducción. La certeza de la maternidad atribuida por el parto, seguirá representando la unión entre la familia natural y la familia legal²⁷.

Todo un universo simbólico que servirá para fijar como límites al acuerdo entre las personas, por lo que a la reproducción se refiere, una parte del cuerpo de la mujer –el útero– y una fase del proceso reproductivo –la gestación–, aunque el cuerpo haya dejado de identificarse con la persona, que puede disponer de sus partes sin que afecte a su dignidad, siempre que no exista ánimo de lucro. De hecho, en el caso de la donación de gametos no se ha planteado con gran intensidad el debate sobre si los donantes, que aportan material genético, son tratados o no como meros productores de sustancias y, por ello, son o no afectados en su dignidad, o si siendo estas sustancias partes del cuerpo están o no fuera del comercio, salvo para descartar el lucro; ni siquiera se descarta, antes bien se contempla, la posibilidad de que exista una compensación económica por estos servicios reproductivos²⁸. Pese a que pueda por esta vía mediar precio, los espermatozoides o los óvulos ni se alquilan, ni se compran, ni se venden, se donan. Sin embargo, en el caso de que en el proceso reproductivo el órgano implicado sea un útero ajeno y el servicio que se preste sea el de gestante, el debate se intensifica. La mujer, en tal supuesto, según algunas concepciones, parece comprometer no sólo el útero, sino a través de él, su cuerpo entero, más aún, su propia condición de mujer. Entonces, aunque no medie precio, la función prestada por el útero no merece ser considerada susceptible de donación, obtiene cierto pre-

²⁷ Cfr. E. ROUDINESCO, *La familia en desorden*, cit., p. 185.

²⁸ Se ha propuesto como alternativa a la compensación económica, explorar la posibilidad de “fomentar donaciones no anónimas basadas en motivaciones propias de las relaciones de reciprocidad”, C. LEMA AÑÓN, “La normalización de la reproducción asistida en España: entre la gratuidad y el mercado”, en VV.AA., *Treinta años de técnicas de reproducción asistida*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas, núm. 35, 2015, p. 69.

dicamento el término “alquiler” en un sentido peyorativo, para terminar situándolo fuera del comercio de los hombres. Desde esta perspectiva, la gestante se vería afectada en su dignidad, porque su cuerpo y toda su persona sería instrumentalizada al servicio de otras personas. En definitiva, esta técnica comportaría una cosificación de la mujer, a la que se convierte en una incubadora humana al servicio de quienes desean tener un hijo, contrario a su dignidad. A ello se añade la situación de desigualdad que puede darse entre los comitentes y la gestante que podría producir una utilización de mujeres pobres por personas de cierto poder adquisitivo, una forma de esclavitud o explotación de mujeres contraria a la libertad y autonomía de la mujer²⁹.

Si la mujer, en el caso de la maternidad, no podría separarse de una parte de su cuerpo que parece identificarle con su propia condición de persona y de mujer, tampoco podría desligar su función reproductiva, como gestante, de la afectividad que en la gestación se desarrolla y que la une al bebé gestado. En relación también a la mujer se añadiría el argumento de posible daño a su salud psíquica, atendiendo al hecho de que el embarazo es una experiencia emocional que no permitiría que la mujer pueda predecir si, una vez concluido, su voluntad de entregar al bebé sería la misma que antes de que aquel embarazo se produjera. La capacidad de gestar habría de ser, por estos motivos, indisponible. Una gestante que cede la maternidad a otra persona ha llegado a ser calificada como una mercenaria dispuesta a abandonar a sus hijos y permitirlo degradaría la gestación a una “pura función de fabricación”³⁰. Si a todo lo anterior añadiéramos contraprestaciones económicas, la gestación entraría en una lógica del mercado que devaluaría aún más a la propia gestación, a la mujer y al niño.

²⁹ Cfr. D. L. DICKENSON, “Property and women’s alienation from their own reproductive labour”, *Bioethics*, vol. 15, núm. 3, 2001, pp. 205-217.

³⁰ F. J. ELIZARI BASTERRA, *Bioética*, San Pablo, Madrid, 1994, p. 73. En el mismo sentido, puede verse M. PORRAS DEL CORRAL, *Bioteología, Derechos y Derechos humanos*, Obra Social y Cultural Caja Sur, Córdoba, 1996, pp. 107-108. La gestación por sustitución, según la Instrucción *Donum Vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, de 22 de febrero de 1987, instaura en detrimento de la familia la división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen. Es, por ello, considerada como contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación humana; representa una “falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable, ofende a la dignidad y al derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres”. Puede verse el contenido íntegro de la instrucción en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html.

Con respecto al hijo se vería afectado en su dignidad, al ser convertido por el acuerdo de gestación por sustitución en un mero instrumento al servicio del deseo de los padres, o una propiedad objeto de comercio, evidenciado en el acto de entrega posterior a su nacimiento³¹. También se entiende que puede resultar dañada su salud emocional y elementos de su identidad personal, al separarlo de la mujer que formó parte de su primer entorno natural y con quien ha establecido fuertes lazos afectivos. Derechos de los niños, por tanto, indisponibles al acuerdo entre particulares³².

Ahora bien, en un sentido bien distinto, se pone de manifiesto que pensar que la mujer no puede adoptar libre y autónomamente decisiones sobre su capacidad reproductiva implica reforzar los estereotipos femeninos sobre la inevitabilidad de su destino biológico o la imprevisibilidad de sus emo-

³¹ Cfr. S. D. BERGEL, "Bioética, cuerpo y mercado", *Revista Colombiana de Bioética*, vol. 2, núm. 1, enero-junio 2007, pp. 155-157 (www.redalyc.org). La sustracción a la autonomía de la voluntad de los negocios del derecho de familia –por razones de interés público, imperativos éticos y función social–, la dignidad de la mujer –en tanto manipulación del cuerpo femenino– y la protección de los derechos de los hijos, son los argumentos sostenidos para negar la posibilidad de someter la maternidad al ámbito de los negocios jurídicos, cfr. Y. SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 138-142. La consideración del cuerpo de la mujer como un bien de uso mercantil y la entrega posterior del bebé, como parte de su cuerpo, son también argumentos que han servido para rechazar someter a la disciplina del negocio jurídico la actividad reproductiva, en concreto, en la modalidad de gestación por sustitución. Cfr. S. FODOR, "¿Retadas para no ser madres? Lectura crítica de las nuevas tecnologías reproductivas desde el feminismo", en M. CASADO y A. ROYES (coords.), *Sobre bioética y género*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 264. Tanto en lo referente a la dignidad de la madre como la del hijo, cfr. J. LÓPEZ GUZMÁN y A. APARISI MIRALLES, "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIII, núm. 78, mayo-agosto 2012, pp. 253-267. Todos estos argumentos han generado a nivel internacional potentes campañas dirigidas a concienciar sobre la necesidad de prohibir la gestación por sustitución, <http://www.stopsurrogacynow.com/dpbs>; <http://www.womenworldplatform.com/en/home>. También a nivel nacional se han desarrollado plataformas y campañas en contra de la subrogación maternal, en las que han intervenido importantes filósofos, sociólogos, juristas y representantes de los movimientos feministas: <http://nosomosvasijas.eu/>.

³² También en la adopción al menor se le desvincula de la madre gestante, aunque se justifica en su propio interés. Pero en la gestación por sustitución los acuerdos se realizan antes de la concepción y no después del nacimiento del bebé, como en la adopción, sin que en ésta última la gestante pueda elegir quienes adoptarán al bebé. El que la gestación por sustitución pueda suponer un fraude a las normas sobre adopción es también una de las razones esgrimidas en contra de su licitud. Cfr. C. F. FÁBREGA RUIZ, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 115.

ciones y decisiones, exaltando la experiencia de la gestación y el parto por encima de la toma de decisiones racionales. Que en algunos casos esto pueda suceder es bien distinto a darlo por supuesto en todos los casos, como si las mujeres, todas las mujeres, fueran incapaces de tomar decisiones al respecto. Bajo la prohibición general se evita que la persona, en este caso mujer, forme su propio juicio y, además, supone que esta decisión ha sido ya tomada por otros. Resultaría que en nombre de proteger su libertad, las mujeres son tratadas como personas no autónomas. A esto habría de añadir que, liberada de aquellos roles tradicionales, la prohibición y la falta de regulación sólo consigue aumentar los riesgos de explotación llevando los acuerdos a la clandestinidad y a la ausencia de límites que traten de evitar los abusos.

Por lo que se refiere a la posibilidad de instrumentalizar al hijo y sus derechos, se argumenta que estos menores no existirían de no haber sido por quienes deseándolos han optado por esta técnica. Por otro lado, que las decisiones relativas a los menores sean tomadas por los padres y las madres no es una novedad, sino la regla general establecida en las normas sobre capacidad, procediendo la intervención pública sólo en los casos excepcionales en que se aprecien peligros graves e inminentes para el menor. La cuestión sería entonces si hay alguna razón para sustentar que el hecho de gestar, aunque no se tenga voluntad de ser madre, es mejor garantía para ser buena madre que el hecho de desear tener un hijo y comprometerse a criarlo, o si está probado que separar a un bebé de quien lo gestó supone un daño irreparable o grave para él. Si, por un lado, se señala que no existe ningún estudio concluyente al respecto, por otro lado, en las técnicas de reproducción asistida el elemento volitivo adquiere una significativa relevancia en la atribución de la filiación. No parece fácil entender que la dignidad del hijo o su interés superior pueda verse afectado por haber sido concebido para ser querido por quienes no lo gestaron, pero se comprometieron a criarlo. En este sentido, su interés estaría mejor garantizado con una regulación que permita la seguridad de estar integrado de pleno derecho en la familia que lo desea y asume la responsabilidad de su cuidado³³.

³³ Aunque estos argumentos no resolverían la cuestión, si quien tuvo la voluntad sólo de gestar cambia de intención, asumiendo, por tanto, la responsabilidad del ejercer sus funciones maternas. Se han utilizado, como argumentos a favor de la filiación de los padres comitentes, la comparativa con otros supuestos en los que el posible cambio de intencionalidad no ha sido un obstáculo para la prohibición o ausencia de regulación, como en el caso de la donación de gametos o en la adopción. Pero si esta solución, en el caso de cambio de voluntad de la gestante, es muy discutible desde el punto de vista del interés y derechos del menor,

Ahondando más en los argumentos favorables a una regulación que permitiera la gestación por sustitución y la atribución de la filiación a los padres de deseo, se señala que es la única posibilidad de tener descendencia genética a disposición de todos los modelos familiares, incluidos los formados por dos varones, por un hombre solo y la que permite tener hijos genéticamente propios a una mujer que no pueda gestar, pero sí producir óvulos. Por otro lado, el criterio del deseo o la intención como prioritario en la atribución de la filiación, sobre factores genéticos o biológicos, evitaría generar desigualdad entre hombres y mujeres. Mientras, si el varón aporta su material genético podría determinarse la filiación natural a su favor, esto no sucedería en el caso de la mujer, haya o no prestado sus gametos en la fecundación, para ella siempre sería, en su caso, una filiación adoptiva.

En relación a las contraprestaciones económicas y a la entrada de la reproducción en la lógica del mercado, se ha puesto de manifiesto la hipocresía de tal planteamiento, recordando que muchos aspectos de la vida familiar están ya en el mercado: bodas, divorcios, embarazos, nacimientos... Negar el reconocimiento de los acuerdos de gestación apoyándose en la compensación económica que generan estos servicios, tendría mucho que ver con la ya tradicional ausencia de valor económico de aquellas actividades que sólo, o preferentemente, hacen las mujeres, siendo esta precisamente una de las causas de la pobreza y la explotación de las mujeres³⁴.

4. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN BAJO LA DISCIPLINA DEL CONTRATO

Tratando la disciplina del contrato, como marco jurídico que pudiera dar cobertura a la maternidad subrogada, Shalev y Pateman sintetizan dos posiciones diversas y enfrentadas³⁵. En ambos casos, se trata de la fragmen-

también lo es desde el punto de vista de los derechos de la gestante, teniendo en cuenta la especial protección de las madres y de la mujer en el embarazo y el parto.

³⁴ Todos estos argumentos han sido analizados por M. M. SHULTZ, "Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality", *Wisconsin Law Review*, 1990, pp. 297-398. Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/344>.

³⁵ Dos posiciones totalmente contrarias respecto a la gestación por sustitución, que resultan familiares en relación a otras que desde el feminismo se han mantenido sobre las técnicas de reproducción asistida. Algunas consideran dichas técnicas como liberadoras para las mujeres, mientras otras las entienden como una nueva forma de dominación y opresión sobre ellas. Al respecto es interesante M. CHARLESWORTH, *La bioética en una sociedad liberal*, trad.

tación del cuerpo, del cuerpo y la mente, de la maternidad, de la incidencia que tales escisiones tienen en la construcción del sujeto femenino como persona sexuada y del valor intrínseco o extrínseco de la capacidad de procrear.

Las cuestiones a discutir sobre la validez o la conveniencia de regular a través de la modalidad contractual el hecho de que una mujer lleve a cabo una gestación por encargo de otra u otras personas, con la finalidad de entregar, concluida la gestación, a un bebé, se centran en la posibilidad de disponer de una parte del cuerpo de la mujer –su útero–, a través del cual se presta un servicio concreto –la gestación–, siendo una de las obligaciones principales para la mujer gestante la entrega de una persona –el bebé que está por nacer cuando se realiza el acuerdo–.

4.1. Pateman: el contrato de gestación como una forma renovada y dramática del contrato sexual

Para Pateman, el cuerpo y la persona no son idénticos, sin embargo son inseparables, no siendo posible la fragmentación del cuerpo sin afectar a la esencia de la persona. En el mismo sentido, aunque la persona no se subsume por completo en su sexualidad, la identidad es inseparable de la construcción sexual de la persona. Así pues, menos aún son separables de la condición de persona aquellas parte del cuerpo que configuran la identidad del ser humano como ser masculino o femenino, es decir, que configuran la esencia de la persona sexuada. Existe, por tanto, una relación integral entre el cuerpo, sus partes, la sexualidad y la identidad como persona.

Siendo, en esencia, la persona un ser sexuado, como no es posible desligar de la misma aquellas partes y capacidades físicas que la identifican con su sexo, tampoco es posible desligarla de las capacidades emocionales que configuran también su identidad personal. A estos efectos, tanto el útero como la capacidad reproductiva de la mujer es determinante de la construcción del sujeto femenino, por tanto, un contrato que tenga como referencia al útero, afecta a un órgano que configura en esencia la identidad femenina. Si además involucra a la maternidad, afecta a una singular capacidad fisio-

de M. González, Cambridge University Press, 1996, pp. 109-123. Ver también F. PUIGPELAT MARTÍ, "Feminismo y técnicas de reproducción asistida", *Aldaba*, núm. 32, 2004, pp. 63-80; S. TUBERT, *Women without a shadow. Maternal desire and assisted reproductive technologies*, Free Association Books, London, 2004; y V. F. NOURSE, "Reproductive Technology: Boon or Bane for women?", en M. BECKER, C. G. BOWMAN and M. TORREY (et al.), *Cases and materials on feminist jurisprudence. Taking women seriously*, Thomson-West, St. Paul MN, 2007, pp. 516-525.

lógica, emocional y creativa del cuerpo de la mujer. Por tanto, la relación de una mujer con su útero o con la gestación no puede ser una relación externa de propiedad o de prestación de servicios. Al tratarse de un órgano y una capacidad intrínsecos a su propia condición de mujer incide sustancialmente en su propia persona³⁶.

En definitiva, la maternidad, además de ser una específica capacidad fisiológica de la mujer, es una singular capacidad emocional ligada a la condición femenina. Si no puede escindirse del sujeto femenino aquella parte física que le hace en esencia mujer, tampoco se le puede privar de la parte emocional que le identifica con su sexo y que permite que la relación establecida durante la gestación, entre mujer y feto, sea cualitativamente diferente a cualquier otra. La condición de madre es, por tanto, coincidente con la de gestante, tanto referido al aspecto fisiológico como al emotivo.

La continuidad entre el cuerpo femenino, las emociones y la maternidad implica que negociar sobre la capacidad de gestar es atentar contra la propia integridad e identidad personal; es negar valor a la capacidad corporal única de la mujer, es tornar irrelevante la propia condición de mujer. En última instancia, supondría permitir a los varones apropiarse del cuerpo de la mujer y, a través de su cuerpo, de su propia persona. No es baladí que el mismo contrato que pudiera hacer perder a la mujer gestante la condición de madre, sería suficiente para que un hombre se convierta en padre, instrumentalizando a una persona -mujer- al servicio y para los fines de otra persona -varón-³⁷. De esta manera, reconocer política o jurídicamente autonomía para contratar sobre la capacidad de gestar es un modo de apropiarse de las mujeres, de revitalizar bajo nuevas formas el patriarcado.

La sombra de Robert Filmer, dirá Pateman, planea sobre la gestación por sustitución, regresando con él una parte del patriarcado clásico: la simiente del varón llena la vasija vacía de la hembra, trayendo con su fuerza creativa una nueva vida al mundo, que es de su propiedad y lo convierte en padre, a la vez que priva de la condición de madre a la portadora de aquella vasija³⁸. La gestación por sustitución se ha convertido en “un ejemplo dramático” de

³⁶ Cfr. C. PATEMAN, *El contrato sexual*, trad. de M. L. Femenías, Anthropos, Iztapalapa (México), 1995, p. 295.

³⁷ Ibidem, pp. 297-298.

³⁸ Sólo faltaba ya que, “como vuelta de tuerca”, el hombre pueda presentar al hijo así nacido a su esposa como “un último regalo”, C. PATEMAN, *El contrato sexual*, cit., p. 295. Interesante al respecto es señalar que en nuestro derecho, al amparo de la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, el varón que contrata puede reclamar su

la reaparición de nuevas fórmulas contractuales que permiten el acceso y el uso de los cuerpos de las mujeres³⁹.

4. 2. Shalev: el contrato de gestación como reconocimiento de la plena autonomía de la mujer y mejor garantía del interés del menor

Para Shalev, por el contrario, la condición de persona es independiente de los órganos que configuran la sexualidad y sus capacidades específicas, incluida la capacidad reproductiva. Partiendo de este presupuesto inicial, es perfectamente factible fragmentar el cuerpo en distintas partes, sin afectar a la condición de persona, sea hombre o mujer; es posible separar el cuerpo de las emociones, aunque tales emociones tengan como base la gestación; finalmente, puede desligarse la paternidad/maternidad biológica de la social, sea cual sea la participación que hombres y mujeres realicen en el proceso reproductivo. Las consecuencias jurídicas de todas estas fragmentaciones y separaciones, pueden ser sometidas a la disciplina del contrato de gestación por sustitución, en el que se debe permitir atribuir, incluso, valor económico a la capacidad reproductiva de la mujer, sin que ninguno de los extremos negociados comprometa necesariamente la autonomía y libertad de las partes que suscriben el acuerdo.

La cooperación en la actividad procreativa sería así el nuevo marco en el que se desarrolla una nueva cultura de la reproducción y en el que se llevan a cabo los acuerdos de gestación por sustitución. En este contexto, es posible disociar paternidad/maternidad biológica y social, órganos, capacidades y emociones de todas las personas intervinientes en el proceso. La base que permite tales disociaciones y aquella cooperación es la relación entre sujetos adultos, autónomos, responsables y con plena capacidad de ejercitar, de modo racional y autónomo, elecciones sobre sus capacidades y posibilidades reproductivas y asumir sus responsabilidades. En este ámbito general cooperativo es indiferente que la participación del sujeto en el proceso sea como donante de espermia, donante de óvulos, receptora de uno u otros, o como gestante.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, diferenciar la posición de la mujer gestante en el proceso procreativo, para negarle la capacidad de intervenir en el mismo, y asumir la responsabilidad que ello conlleva, es una

paternidad, si es padre biológico. En cambio, la mujer no gestante es ignorada por el derecho, aunque haya aportado su material genético.

³⁹ Cfr. C. PATEMAN, *El contrato sexual*, cit., p. 288. Son formas de renovar y respaldar el contrato social como forma de contrato sexual, como antes lo fueron el contrato de matrimonio o el de prostitución, *Ibidem*, p. 260.

actitud paternalista que refuerza la imagen tradicional de la mujer impregnada en la subjetividad de su útero⁴⁰. Pero la posesión de un útero, y de las capacidades a tal órgano asociadas, no permiten establecer la identidad de una persona, hasta el punto de privarle de la capacidad de contraer compromisos referidos a esta parte del cuerpo. Por el contrario, el útero es una parte más del cuerpo de la mujer, cuya propiedad le permite ofrecer un servicio personal de procreación: la gestación. Así pues, la plena y libre disposición de una parte de su cuerpo, aunque sea el útero y su capacidad de gestar –o, precisamente, porque es el útero y su capacidad de gestar– refuerza la autonomía y capacidad de decisión de la mujer.

Además, reconocer a la mujer su plena condición de persona racional con autonomía para tomar decisiones, significa reconocerle también capacidad para gobernar sus emociones, aún estando embarazada, y asumir las responsabilidades contraídas. Por otro lado, aún admitiendo la existencia de vínculos emocionales entre gestante y feto, no necesariamente han de derivarse de tales emociones vínculos legales de cuidado, ya que es perfectamente posible desvincular los vínculos jurídicos de los emocionales. Que una mujer esté vinculada por un acuerdo de gestación voluntaria en favor de otra persona, significa que no tendrá responsabilidad en la crianza y educación del bebé, no que no se preocupe por su destino. Es más, derivar de aquellos vínculos emocionales vínculos jurídicos es una forma de opresión propia de los parámetros culturales tradicionales de la relación maternal⁴¹. Al respecto, se ha de tener en cuenta que, más allá de las relaciones maternas, las relaciones afectivas y familiares han dejado de ser una “isla de emotividad”, para adentrarse en un mundo dominado por la impersonalidad de la economía y la política; circunstancia que alcanza a una actividad procreativa, en la que la gestación y el desarrollo en la vida del niño han salido ya del círculo estrictamente familiar y emotivo, a través de la intervención, entre otros, de médicos, biólogos, educadores, agentes sociales y juristas⁴².

Como consecuencia de aquellas tomas de posición, Shalev sostiene que la cooperación en el proceso procreativo debe ser determinada en un contexto contractual, de acuerdo con las deliberaciones de las partes adoptadas antes de la concepción. En este sentido, el acuerdo de gestación puede ser

⁴⁰ Cfr. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, trad. de C. M. Mazzoni y V. Varano, Giuffrè, Milano, 1992, p. 126.

⁴¹ Ibidem, p. 127.

⁴² Ibidem, p. 128.

calificado como un contrato para la venta de servicios personales de procreación o un contrato a favor de tercero: el niño que va a nacer⁴³.

En relación a las objeciones relativas a la dignidad del bebé y su posible comercialización, se señala que en la gestación por encargo el interés está centrado en el valor intrínseco de la actividad reproductiva, cuya capacidad corresponde a la mujer, no en el producto final, cuyo interés resulta mejor protegido si quienes cooperan en el proceso reproductivo asumen sus responsabilidades desde el inicio del mismo⁴⁴.

Consciente, no obstante, de los riesgos inherentes a este tipo de contratos, en relación a la explotación de las mujeres y de los menores, se afirma que el peligro real de la gestación contratada está en los fines económicos o políticos que persiguen las partes extrañas al acuerdo. Por eso, es importante proteger la esfera de autonomía del individuo, siendo el contrato, como modelo no jerárquico y descentralizado de potestad normativa, el instrumento que mejor favorece la cooperación entre sujetos autónomos, dando su regulación respuesta jurídica a los fallos en la cooperación, como mejor garantía también del interés del menor⁴⁵.

En cuanto a la regulación de las contraprestaciones económicas de este servicio reproductivo, el fin de evitar el peligro de explotación no ha de ser una razón de prohibición, sino de estipular condiciones de desarrollo del contrato que estén dirigidas a evitar que aquella explotación se produzca. Se afirmará, incluso, que la máxima manifestación de libertad se da cuando la mujer gestante recibe un valor económico por su actividad procreativa, porque la mujer es un ser consciente, moral, social, política y económicamente y de la misma manera que no se la puede aislar de una parte de su propia existencia, tampoco ignorar el valor de su poder de procreación. Más si se tiene en cuenta que la actividad procreativa es el recurso económico central de cualquier sociedad, resultando, por ello, paradigmático que se le pretenda privar de valor económico⁴⁶.

4.3. Otras fórmulas de acuerdo sobre la gestación por sustitución

En las dos posiciones anteriores se ha visto reflejada la problemática que encierra la gestación por sustitución en relación a las personas que intervie-

⁴³ Ibidem, p. 105.

⁴⁴ Ibidem, pp. 144, 166.

⁴⁵ Ibidem, p. 146.

⁴⁶ Ibidem, pp. 161, 165-166.

nen en la procreación, en las instituciones que se ven afectadas –familia, mercado, contrato–, en los derechos e intereses en juego y, sobre todo, en la centralidad del papel de la mujer gestante en todo el proceso.

Desde estas perspectivas, teniendo en cuenta los riesgos que la gestación por encargo conlleva, se ha señalado que las situaciones, en que esta opción se puede plantear, son tan amplias y variadas que no se puede suponer *per se* su licitud o ilicitud. Un primer aspecto a tener en consideración es que en esos casos normalmente no hay una única verdad biológica para asentar la maternidad –es frecuente que se geste un embrión ajeno–. En segundo lugar, aunque probablemente haya una situación de desventaja entre la mujer gestante y quienes hacen el encargo, no se puede deducir de tal situación un vicio de consentimiento, ni presuponer que obligatoriamente haya una situación de necesidad económica en la gestante, como único motivo para aceptar participar en el proceso reproductivo. Tampoco puede erigirse en un argumento decisorio, ni suponer en todo caso, que la separación entre la gestante y el bebé conlleve una situación gravemente traumática para ambos⁴⁷.

Es innegable, por otro lado, que estas y otras situaciones pueden producirse y que han de ser valoradas para abordar una regulación respetuosa y garantista de los derechos de las personas implicadas en el proceso reproductivo, especialmente aquellas que se encuentran en una posición más vulnerable: las mujeres gestantes y los bebés. Partiendo de estos presupuestos, se ha señalado que, tanto el principio moral según el cual ninguna persona puede convertirse en un instrumento para fines ajenos, como el principio jurídico que prohíbe la comercialización del cuerpo, dirigidos a tutelar la dignidad de la mujer gestante, impediría exigir como contraprestación cualquier obligación a cargo de la mujer gestante. De tal manera que la gestación por otra persona, o personas, sólo sería admisible bajo la forma de donación, siempre dejando a salvo el derecho de la gestante a desistir hasta el momento del nacimiento del bebé⁴⁸.

Se han propuesto también modelos de regulación flexible, que sean respetuosos con las intenciones de los sujetos implicados. Modelos que deberían excluir intervenciones jurídicas que supongan o propongan una paridad entre varones y mujeres, que reconozcan y potencien la autonomía y la

⁴⁷ Cfr. P. DE LORA y M. GASCÓN, *Bioética, principios, desafíos y debates*, cit., pp.83-92.

⁴⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, trad. de P. A. Ibáñez, en *íd.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, 2^a ed., Madrid, 2010, p. 167.

responsabilidad femenina en las elecciones procreativas, que no constriñan a la gestante a los acuerdos adoptados en el momento de la concepción o la implantación de los embriones, y en los que la atribución de la paternidad jurídica sea el resultado de una decisión de la mujer gestante y no una decisión, en caso de conflicto, sostenida por el criterio de la paternidad biológica⁴⁹. Ahondando en esta línea se ha señalado que la gestación por sustitución ha encendido una alarma especialmente intensa sobre las técnicas de reproducción asistida. Una alarma que alerta sobre el potencial daño a los niños, a la familia y a la sociedad, y cuyo sonido se intensifica en relación a las mujeres. En relación a las mujeres estas técnicas han permitido aumentar algunos espacios de su libertad, pero también han incrementado el control sobre ellas. Admitiendo, como probable, que no todos los daños puedan ser eliminados, se considera que la única vía de encontrar una solución a todos los problemas que plantea es abordar una legislación que establezca las condiciones necesarias que permitan gobernar y decidir a las mujeres en los procesos reproductivos⁵⁰.

5. DE LOS VALORES EN CONFLICTO Y LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LA DIVERSIDAD NORMATIVA Y AL HECHO DE LOS ACUERDOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Se han tratado distintos valores en relación a la intervención de la técnica y la ciencia en los procesos reproductivos: de lo natural y cultural en la procreación y en la familia, de la persona y de su dignidad, del valor del cuerpo humano y de sus partes y de la entrada de los servicios reproductivos en el mercado, donde los intereses adquieren protagonismo junto a los valores. Pero la reproducción ha entrado también en el ámbito de los derechos humanos. Asistimos al tiempo de los derechos reproductivos, que buscan el amparo de valores normativizados y derechos consagrados en los que encontrar un acomodo adecuado. Así, la libertad, la igualdad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad física y moral, a fundar una familia y a su protección, la protección de la infancia y los derechos del

⁴⁹ Cfr. T. PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, trad. de C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003, pp. 68-73.

⁵⁰ Cfr. K. LIEBER, "Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?", *Indiana Law Journal*, vol. 68, iss. 1, article 7, 1992, pp. 205-232. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol68/iss1/7>.

niño, el derecho a la intimidad personal y familiar, a la identidad, a la salud, a la investigación y creación científica o a gozar de los beneficios del progreso científico, se convertirán en los referentes de un nuevo marco normativo que pretenderá garantizar los nuevos derechos sexuales y reproductivos⁵¹.

En la actualidad, la salud sexual y reproductiva, y su efectiva garantía, no puede configurarse simplemente como una libertad, en cuanto a la decisión de no tener descendencia sino también la de tenerla. Por tanto, las medidas encaminadas a su efectividad deben estar a disposición de los ciudadanos y ciudadanas y no pueden limitarse sólo a aquellas que procuran evitar o interrumpir embarazos, sino también a aquellas que permitan su consecución. La ciencia y la tecnología están preparadas para ello pero precisan del acompañamiento de recursos económicos, políticos y legislativos. Las opciones y posibilidades en los distintos ordenamientos jurídicos son múltiples, aunque sin prescindir de la coherencia con el desarrollo de los distintos derechos humanos en juego. Algunas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos inciden en estos derechos al tratar sobre la reproducción humana asistida, lo cual permite, más allá de las legislaciones concretas, esbozar algunos consensos sobre unas técnicas en constante evolución. En concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las

⁵¹ Cfr. R. COOK, B. M. DICKENS y M. F. GATHALLA, *Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho*, Profamilia, Bogotá, 2003, p. 204. Respecto al ordenamiento jurídico español, puede verse Y. SÁNCHEZ GÓMEZ, *El derecho a la reproducción humana*, cit., pp. 40-60. Cfr. M. NAVARRO MICHEL, "Reproducción asistida, modelos de familia y derechos reproductivos", en M. CASADO y A. ROYES, *Sobre Bioética y Género*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 174-179.

Los derechos sexuales y reproductivos iniciarán su andadura en el marco internacional, en concreto, el artículo 16. 1 y e) del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979. Tanto el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, como la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, consideran la salud sexual y reproductiva como parte de "ciertos derechos humanos ya reconocidos" en leyes nacionales y en documentos internacionales (Párrafos, 7.2 y 7.3 de NU. Informe de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo; Párrafos 94 y 95 de NU. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer). El derecho a acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva vendría también avalado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo artículo 12 se reconoce el "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

Libertades Fundamentales, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, ampara la libertad de ser padre o madre, en sentido biológico⁵²; también, en combinación con el artículo 14, la decisión de ser padre o madre recurriendo a la donación de gametos⁵³; y, finalmente, a recurrir a las técnicas de reproducción disponibles para gestar un hijo sano, en caso de que la legislación permita el aborto terapéutico⁵⁴. Por su parte, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la no protección eficaz de los derechos de salud sexual y reproductiva, a través de la fecundación *in vitro*, supone un menoscabo no justificado y desproporcionado del derecho a la integridad y libertad personal, derecho a la vida privada y la intimidad, derecho a fundar una familia y a no ser discriminado por razón de discapacidad, género o circunstancias económicas⁵⁵.

Ahora bien, si las técnicas de reproducción asistida se han desarrollado en el marco de derechos reconocidos, que permiten hacer efectiva la libertad de procrear, y que han dado un lugar destacado a la elección e intención de ser padre/madre, no todas las técnicas con aquella finalidad están igualmente valoradas, ni reguladas, en las distintas legislaciones. Disparidad que se recrudece en la gestación por sustitución, por su incidencia especial en los derechos de la mujer y de la infancia.

⁵² Caso *Evans Vs. Reino Unido*, (no. 6339/05) Sentencia de 10 de abril 2007. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Evans v the United Kingdom"\],"sort":\["docnamesort Ascending"\],"itemid":\["001-80046"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{). "Private life incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent ... the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of art. 8" (Párrs. 71 y 72). Caso *Dickson Vs. The United Kingdom* (no. 44362/04), Sentencia 4 de diciembre de 2007. La Corte afirmó al respecto que el artículo 8 "is applicable to the applicants complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents" (Párr.66), [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["No.44362/04"\],"itemid":\["001-73360"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

⁵³ Caso *S.H. y otros Vs. Austria*, de 3 de noviembre de 2011. No. 57813/00. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["57813/00"\],"sort":\["appnoyear Ascending,appncode Ascending"\],"itemid":\["001-107325"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) Párr. 60.

⁵⁴ Caso *Costa y Pavan Vs. Italia*. No. 54270/10, Sentencia de 28 de agosto de 2012. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["costa and pavan"\],"itemid":\["001-115727"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) Párr. 71.

⁵⁵ En la Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*, la Corte consideró violados los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Así pues, desde la perspectiva de distintos derechos, valores e intereses en conflicto, la gestación por sustitución se aborda de muy diferente manera en las legislaciones de los distintos países⁵⁶. En muchos no está siquiera tratada y quienes lo regulan han optado, bien por no permitirla⁵⁷, o por su admisión con requisitos más o menos amplios⁵⁸. Entre estas últimas, es amplia la variedad de requisitos exigidos, siendo destacables los referidos a

⁵⁶ Los distintos modelos de regulación, a propósito de la gestación por sustitución, en el derecho comparado pueden verse en L. B. SCOTTI, "El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas", *Pensar en Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 280-282 y en E. LAMM, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, 3/2012, pp. 11-21; *id.*, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, cit., pp. 118-192. L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO y J. MCCANDLESS, *A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Parliament, 2013, Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf)

⁵⁷ Es el caso de la mayoría de los países europeos, como por ejemplo Francia, Alemania, Austria, Suiza, Italia, Portugal o España. La regla general es en estos países la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución y el criterio del parto para atribuir la filiación materna. Véase el artículo 16. 7 del Código civil francés; el artículo 1.7 de la Ley federal alemana de 13 de diciembre de 1990; el artículo 4.3 de la ley federal austriaca de 1 de julio de 1992 sobre reproducción asistida; el artículo 4 de la ley federal Suiza sobre procreación médicamente asistida; el artículo 4.3 de la ley sobre procreación médicamente asistida italiana de 19 de febrero de 2004; artículo 8 de la Ley n° 32/2006 sobre procreación médicamente asistida portuguesa; y el artículo 10 de la ley española de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. A estos países habría que añadir: Bélgica, Noruega, Suecia, Islandia, Estonia, Moldavia, Turquía, Arabia Saudita, Pakistán, China, Japón, Canadá (Quebec), EE. UU. (Arizona, Michigan, Indiana, North Dakota).

⁵⁸ En Grecia, la Ley 3089/2002 sobre Asistencia Médica a la Reproducción Humana precisa para los acuerdos de gestación por sustitución autorización judicial y que no tengan fines lucrativos. En Reino Unido, según las Surrogacy Arrangements Acts, 1985, los acuerdos son homologables judicialmente, siempre que no tengan fines lucrativos, se realicen sin intervención de intermediarios y no se publiciten. Otros países que regulan la gestación por sustitución sin fines lucrativos son: Canadá (excepto Quebec), Australia, Países Bajos, Dinamarca, Hungría, Israel, EE. UU (Nueva York, Nueva Jersey, Nuevo México, Nebraska, Virginia, Oregón, Washington), Sudáfrica. Se permite con contraprestación económica, en Rusia, Ucrania, India, Bielorrusia, Georgia, Armenia, Chipre, Tailandia, EE. UU (Arkansas, California, Florida, Illinois, Texas, Massachussets, Vermont). Junto al carácter gratuito o lucrativo de los acuerdos, otros requisitos variables son exigidos en estas normativas referidos tanto a las gestantes como a los comitentes. En relación a las primeras, por ejemplo algunos relativos a la edad, la salud, haber tenido hijos previos, limitación en el número de gestaciones, que puedan aportar o no sus óvulos. En cuanto a los comitentes, algunas legislaciones hacen referencia al estado civil y/o la orientación sexual, también en ocasiones se precisa constancia de la incapacidad para gestar de la mujer, la aportación de material genético de uno de los

las condiciones de filiación, ya que en estos aspectos puede centrarse gran parte del debate sobre los derechos de las mujeres gestantes y de los niños. Algunas legislaciones determinan la filiación en el momento de firmar los acuerdos de gestación, antes de producirse los tratamientos de fecundación. En otras, en cambio, la filiación se determina con posterioridad al nacimiento del bebé. En el primer caso, se exige que todo sea acordado antes del implantar el embrión, estableciendo los controles de los acuerdos en esa fase previa, de tal manera que no se produzcan incertidumbres jurídicas una vez que el bebé haya nacido, teniendo éste desde el primer momento una filiación determinada a favor de los padres comitentes. En el segundo caso, hay una protección mayor a la gestante, a quien se considera como madre y se le permite que cambie de opinión durante la gestación y un periodo de reflexión después del parto⁵⁹. No obstante, estos dos modelos no agotan todas las posibilidades jurídicas en la determinación de la filiación en los casos de gestación por sustitución⁶⁰.

Esta disparidad normativa ha generado el desplazamiento de las personas que desean recurrir a esta práctica desde países cuya legislación no la permite, o son muy rigurosos en sus exigencias normativas, a otros con regulaciones más flexibles. De esta manera, aquella última frontera natural de la familia, representada en la maternidad de la gestante, es cada vez menos infranqueable, al encontrar lugares de paso hacia el reconocimiento de efectos jurídicos deriva-

comitentes, la nacionalidad, incluso recientemente en la India se exige certificación de la embajada de su país en que indique que reconoce la gestación por sustitución.

⁵⁹ Entre las legislaciones que exigen una autorización antes de los tratamientos médicos están Grecia o Sudáfrica. En ambos casos la filiación legal se establecerá desde el nacimiento en favor de los comitentes, dando a la gestante la posibilidad de impugnar la filiación sólo si aportó el material genético. Otros países, como Reino Unido o Australia, establecen inicialmente la filiación en favor de la gestante y tras un periodo de reflexión se les transfiere a los comitentes.

⁶⁰ Sirvan solo de ejemplo estos supuestos: en Israel se exige preaprobación de los acuerdos, no obstante la determinación de la filiación ha de ser autorizada por orden judicial con posterioridad al parto, que será en favor de los comitentes salvo que el interés superior del menor aconseje otra cosa. En Rusia y Ucrania, sin necesidad de autorización del acuerdo de gestación, la filiación se determina en favor de los comitentes, pero se precisa que la gestante de su consentimiento. En India la filiación está determinada en favor de los comitentes, sin necesidad de autorizar los acuerdos. En New Hampshire, la gestante tiene derecho a resolver el contrato un tiempo después del nacimiento del bebé. En California se insta un procedimiento judicial para determinar la filiación después de celebrar el contrato, pero antes del nacimiento del bebé, y la sentencia ordena al hospital donde nazca el bebé que los comitentes figuren en el certificado de nacimiento como padres y/o madres del bebé.

dos de las prohibiciones establecidas en el derecho propio. Ahora bien, llegar al reconocimiento de la filiación de los bebés nacidos mediante gestación por sustitución en favor de los padres comitentes en sus propios países, atraviesa un recorrido lleno de dificultades e incertidumbres. Algunos países en que se realizan los acuerdos de gestación y se produce el nacimiento del bebé, al determinar la filiación en favor de los comitentes, no atribuyen su nacionalidad al bebé; mientras el país de origen de los comitentes no reconociendo aquella filiación tampoco lo consideran nacional propio. Como consecuencia de tal situación el bebé es apátrida y las leyes de inmigración impiden permanecer a los comitentes indefinidamente en estos países. Otros países sí que reconocen la nacionalidad a estos niños/as por razón del lugar de nacimiento; así podrán salir del país y viajar al lugar de residencia de los comitentes, pero si en este destino no se les reconoce la filiación, permanecerán en él en situación irregular y sin filiación determinada o con una filiación que no se corresponde a su situación familiar de hecho. El interés superior del menor será el elemento clave para solventar estas situaciones. En el primer caso, el derecho a una nacionalidad, la existencia de una vida familiar de hecho o razones humanitarias, han sido utilizados como justificación para dispensar la documentación necesaria para salir del país de nacimiento del bebé. El vínculo genético, la vida familiar de hecho, o la adopción pueden ser los procedimientos que terminen reconociendo la filiación en favor de los padres comitentes. En cualquier caso, los trámites para la regularización de estas situaciones son largos, complejos e inciertos, comprometiendo seriamente los derechos e intereses de los niños.

La preocupación por la situación de estos menores ha producido algunos pronunciamientos de instancias internacionales. Prueba de ello es que la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, en marzo de 2012, elaboró un Informe Preliminar sobre los problemas derivados de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución. En este Informe se propone la adopción de un instrumento internacional que permita un marco de cooperación entre los distintos Estados –similar al Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, sobre protección de derechos del niño y cooperación en materia de adopción internacional–, que permita reconocer en países que prohíban la práctica, la filiación de los niños nacidos al amparo de situaciones legales reconocidas en el extranjero, asumiéndose, para ello, un concepto de orden público atenuado por el interés superior del menor⁶¹.

⁶¹ Cfr. *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>

El Parlamento Europeo también ha elaborado un estudio sobre la gestación por sustitución, su problemática jurídica y política en el marco de la Unión Europea. Deja constancia del incremento de la práctica –especialmente de los acuerdos transfronterizos–, de la diversidad de las legislaciones nacionales, de los problemas políticos que suscita (igualdad de género, libertad reproductiva, explotación, globalización, política sanitaria y regulación) y de una jurisprudencia que constata las dificultades para el reconocimiento formal de los Estados de la voluntad de las partes sobre la paternidad/maternidad legal y la condición jurídica de los menores. Llamando especialmente la atención sobre estos menores, quienes a tenor de las normativas internas pueden quedarse en los países de la UE sin padres legales e, incluso, sin nacionalidad y ciudadanía. Tras un minucioso análisis de la situación concluirá que, dada su limitada competencia en el ámbito del derecho de familia, no es posible en este momento una regulación unitaria de la UE. No obstante, manifiesta la necesidad de que en los Estados Miembros se garantice la seguridad jurídica de los menores en relación a la paternidad/maternidad y a un estatus civil claramente definido para ellos⁶².

6. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

El caso español puede servir de ejemplo de la problemática que la gestación por sustitución encierra. En España, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, declara “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”, determina que la filiación se establecerá por el parto y deja a salvo, pese a aquella nulidad, la “acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Mientras el criterio biológico puede determinar la filiación paterna, no hay posibilidad de filiación natural materna a favor de la mujer, que no siendo gestante, haya aportado sus gametos. La tradicional certidumbre y unidad de la maternidad, que preside nuestro derecho de filiación, junto con otras valoraciones morales y jurídicas, profundamente arraigadas en nuestra cultura, justifican la determinación legal de la filiación materna por el

⁶² Cfr. L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO y J. MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States*, European Parliament, 2013, citado.

parto. Se imponen así razones referidas a los riesgos que estos acuerdos supondrían para producir o incrementar la explotación de mujeres y niños, la mercantilización del cuerpo de la mujer, la vulneración de su dignidad y la del bebé o la protección de la integridad física y moral de ambos⁶³. Quedan relegadas otras razones, como el respeto a la verdad biológica, en el caso de que los óvulos no procedan de la madre gestante, o a la voluntad y libertad de quienes suscriben el acuerdo, o el interés superior del menor en los casos concreto que podrían avalar otras soluciones⁶⁴.

6. 1. La práctica de la gestación por sustitución en el extranjero

Sin embargo, pese a la nulidad de pleno derecho de los acuerdos de gestación por sustitución, proclamada en el derecho español, es una práctica utilizada fuera de nuestras fronteras por ciudadanos españoles. Es un hecho que algunas personas, con recursos económicos, realizan acuerdos de gestación en el extranjero, para una vez nacidos los niños, y determinada en aquel lugar a su favor la filiación, pretender en los mismos términos su inscripción en el registro civil español. La propia legislación nacional mitiga los efectos de aquella nulidad. De un lado, no prevé ninguna sanción para quienes intervengan en tales prácticas⁶⁵ y, de otro lado, deja a salvo la acción de pater-

⁶³ Argumentos que conllevan la consideración del acuerdo de gestación como contrario a las leyes, la moral o las buenas costumbres y la ilicitud de la causa contractual (artículo 1271.3 y 1275 del Código civil), cfr. F. LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 155. Cfr. J. VIDAL MARTÍNEZ, “Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?”, en ID. (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, cit., p. 123.

⁶⁴ En una legislación cada vez más próxima a contemplar la paternidad y la maternidad como decisiones voluntarias en el ámbito del ejercicio de sus derechos reproductivos, referirse sólo a la persona que gestó para atribuir la filiación, desconocer la voluntad de quienes desearon ser padre y madre, tener en cuenta el factor genético sólo en relación al varón y no valorar los derechos e intereses del menor, es cuánto menos discutible. Cfr. N. IGAREDA GONZÁLEZ, “La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, 2015, p. 13. Tomando como referencia el criterio biológico de la filiación, respecto a la desigualdad de los efectos de su reconocimiento en el varón y en la mujer comitentes, cfr. M. NÚÑEZ BOLAÑOS, I. M. NICASIO JARAMILLO y E. PIZARRO MORENO, “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 240-242, 255-259.

⁶⁵ La nulidad del contrato implicará que no hay derecho o deber que pueda surgir del mismo, pero este hecho en sí carece de relevancia jurídico penal. Sólo cuando el nacimiento se

nidad del padre biológico, pudiendo en tal caso, previo consentimiento de la mujer gestante, el otro miembro de la pareja, si lo hubiera, adoptar al nacido al amparo del contrato de gestación por sustitución.

No obstante tal previsión para determinar la filiación de los padres comitentes, a fin de evitar la situación de incertidumbre jurídica que se produce en estos casos, se dictó una pionera Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado, de 18 de febrero de 2009, que ordenó la inscripción en el registro consular de dos niños nacidos en California, mediante acuerdo de gestación por sustitución, como hijos naturales de los dos padres que habían suscrito aquel acuerdo. La Resolución entendió que, en este caso, no se trataba de determinar la filiación de los menores, sino de permitir el acceso al registro español de una certificación registral extranjera, en la que constaba el nacimiento y la filiación de los nacidos. Planteada la inscripción en estos términos no procedería la aplicación de las normas sustantivas españolas, sino de las que establecen los requisitos legales para acceder al registro, siempre que no se produjeran efectos contrarios al orden público español. Orden público que se consideró no resultaría afectado, puesto que el ordenamiento jurídico español permite ya la filiación en favor de dos varones, en los casos de adopción, y en favor de dos mujeres, tanto en supuestos de adopción, como cuando se trata de hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida. En atención a estas dos consideraciones, lo que no permitiría el derecho español es la diferencia de tratamiento entre hijos adoptados y naturales o la discriminación por razón de sexo.

A mayor abundamiento, se argumentó que rechazar la inscripción supondría la vulneración del artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, que exige atender de forma primordial al interés superior de los menores, cuya tra-

produzca y se pretenda otorgarle una filiación distinta a la determinada por el parto, puede tener relevancia penal. Para la comitente, en caso de que se produzca simulación de parto y para la gestante, la entrega del hijo a terceros con el objetivo de alterar o modificar la filiación (artículo 220 Código penal). Para todos los participantes, comitentes, gestantes e intermediarios, si la entrega se produce, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento y adopción con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación, cuando medie compensación económica (221 Código penal). Para el educador, facultativo, autoridad o funcionario público que en el ejercicio de su profesión o cargo realice cualquiera de las conductas mencionadas, el artículo 222 del Código penal contempla una agravación de la pena. Es decir, no hay sanción por el acuerdo de gestación, sino por la intención de alterar el estado civil por cualquiera de los medios señalados, cfr. J. I. BENÍTEZ ORTUZAR, "Delitos relativos a la reproducción asistida", en J. VIDAL MARTÍNEZ (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, cit., pp. 175-193.

ducción al caso concreto, consistiría en garantizar que los niños queden al cuidado de quienes han dado su consentimiento para ser padres y la garantía del derecho de los menores a una identidad única o, lo que es lo mismo, a una filiación que no cambie al cruzar las fronteras. En definitiva, la Resolución consideró que el acceso al registro español de una certificación registral extranjera, que determina la filiación natural en favor de dos padres, no vulnera el orden público internacional español, evita una discriminación por razón de sexo y protege el interés del menor, aunque aquella certificación registral traiga su causa en un contrato que la legislación española califica como nulo de pleno derecho⁶⁶.

La inscripción, hecha en virtud de aquella Resolución, fue anulada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N^o 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, y confirmada posteriormente por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011. Ambas decisiones judiciales entienden que el acceso al registro civil español no requiere solo una comprobación formal de la certificación registral extranjera sino que exige, en aplicación del artículo 23 de la Ley del Registro Civil y los artículos 85 y 81 de su Reglamento, que no haya duda sobre la realidad del hecho inscrito, ni de su legalidad conforme a la ley española. Si, por un lado, estiman que el hecho es contrario a la ley española, por otro lado, lo consideran también contrario al orden público español, cifrando tal contradicción en la vulneración que, a

⁶⁶ Téngase en cuenta que, al tratar la contradicción con el orden público, la cuestión se ha centrado en la filiación a favor de dos varones, pero se ha eludido la cuestión de fondo: si la gestación por sustitución es contraria o no al orden público español. Así lo pone de manifiesto Atienza, para quien la solución propuesta en la Resolución es acertada, pero advierte que, en aras a una mayor solidez en su fundamentación, debiera haber incorporado dos aspectos. Primero, que la gestación por sustitución no está expresamente prohibida en nuestro derecho. La nulidad del contrato no equivale a una sanción, ni a que sea necesariamente un acto prohibido, ni jurídicamente ilícito; prueba de ello es que no se prevé sanción para quien participa en esta práctica. En segundo lugar, en su opinión, la gestación por sustitución no contradice ningún principio moral racionalmente justificado, ni tampoco los principios y valores de la Constitución española, siendo compatible con los tres grandes principios que presiden la bioética: dignidad, no causar daño injustificado, autonomía e igualdad. Cfr. M. ATIENZA, *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra, 2^a ed., Lima, 2010, pp. 150-153. Un análisis detallado sobre la Resolución puede verse en: A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret-Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2009, 42 págs. (http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf); E. FARNÓS AMORÓS, "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret-Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2010, 25 págs. (http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf).

través de la gestación por sustitución, se produce de la dignidad humana, del derecho a la integridad moral y de la protección integral de madres e hijos.

Son rechazadas por ambos órganos jurisdiccionales las alegaciones de parte sobre la discriminación por razón de sexo, argumentando que la cuestión central no es que se trate de una pareja de hombres o de mujeres quienes reclaman la filiación, sino que el medio empleado para conseguir ser padres está prohibido por la legislación española. Finalmente, en cuanto a la protección del interés superior del menor, se afirma que existen otros instrumentos jurídicos para conseguir la concordancia de la filiación única en los dos países y, en todo caso, tal loable interés no se puede conseguir infringiendo la ley. A este argumento añaden que la prohibición de la gestación por sustitución, al tratar de impedir que los menores puedan ser objeto de comercio, tiene como fin la defensa del interés del menor⁶⁷.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo, dando lugar a una Sentencia del Pleno desestimatoria del recurso, el 6 de febrero de 2014⁶⁸. El motivo del recurso fue la infracción del artículo 14 de la Constitución española, es decir, la vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única y el interés superior de los menores, protegidos por la Convención de Derechos del Niño. Los argumentos esgrimidos se fundamentaron en la discriminación que supondría denegar la filiación por naturaleza a favor de dos varones; la vulneración del interés superior de los menores, si no se les permite ser legalmente hijos de quienes manifestaron su consentimiento para ser padres, frente a la mujer que asumió meramente el papel de parte en un contrato; y el derecho a una identidad única. Finalmente, se apela a que el reconocimiento de la filiación no contradice el orden público internacional español, ya que no se trataría de considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, sino del acceso al Registro Civil español de la filiación resultante del mismo.

Empezando por la última cuestión, el Tribunal Supremo estimó que el control de la certificación registral extranjera no debe limitarse a aspectos meramente formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo y, de forma especial, a los derechos fundamentales y principios constitucionales que integran el orden público, actuando como límites al reconocimiento de las decisiones de

⁶⁷ Sentencia 193/2010 Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 y Sentencia 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo N° 835/2013.

autoridades extranjeras. Aludiendo a estos derechos y principios, afirmará que no han de admitirse aquellas decisiones que puedan suponer una vulneración de “la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de *ciudadanía censitaria* en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”⁶⁹. De aquí concluirá el Tribunal Supremo que el artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, referido a la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, integra el orden público internacional español y, por tanto, “la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho Estado es contraria al orden público internacional español al ser incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”⁷⁰.

Por lo que se refiere a las alegaciones relativas a la posible discriminación, por no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza a favor de dos varones, mientras sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres, el Tribunal Supremo señala que la desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye la existencia de un trato discriminatorio porque la consecuencia legal sea distinta. En todo caso, reitera los argumentos de la sentencia recurrida: la causa de la denegación no es que los solicitantes sean varones, sino que la filiación procede de un acuerdo de gestación por sustitución⁷¹.

La última cuestión tratada en la Sentencia del Tribunal Supremo fue el interés superior del menor. Para ello, partió de que el interés superior del menor es un concepto “esencialmente controvertido”, que ni permite al juez alcanzar cualquier resultado en aplicación del mismo, ni puede ser satisfecho de un único modo, ni es el único principio que se ha de tomar en consideración, debiendo ser ponderado con otros bienes jurídicos protegidos. Entiende el Tribunal Supremo que la consideración primordial del interés

⁶⁹ Ibidem, Fundamento Jurídico Tercero, 6.

⁷⁰ Ibidem,, Fundamento Jurídico Tercero, 10.

⁷¹ Ibidem, Fundamento Jurídico Cuarto, 1 y 2.

superior del menor ha de utilizarse como criterio para interpretar, aplicar y colmar las lagunas de la ley, pero no para contrariar expresamente lo previsto en la misma. Añade que la determinación de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley supone un perjuicio para el menor y, en este caso, hacerlo a favor de quien realiza un encargo a través de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor y de la gestante, al convertirlos en objetos de tráfico mercantil⁷². Con respecto al derecho del menor a una identidad única, no considera el Tribunal que exista riesgo real de vulneración, ya que en el caso enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos. Por otro lado, la inmutabilidad o estabilidad de los apellidos es un bien jurídico de menor importancia que los protegidos por la prohibición de la gestación por sustitución⁷³.

No obstante, al denegar el reconocimiento de la certificación registral de California, admite el Tribunal Supremo que pueda generarse alguna situación de desprotección para los menores y, en aras de evitar o minimizar sus consecuencias, hará algunas consideraciones. En primer lugar, la denegación de la inscripción afectará exclusivamente a la filiación, no al resto de su contenido, cumpliendo así con el mandato contenido en el artículo 7.1 de la Convención de Derechos del Niño, conforme al cual los niños han de ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán derecho desde que nacen a un nombre y a una nacionalidad. En segundo lugar, dado que los menores están efectivamente integrados en un núcleo familiar con los recurrentes, se ha de buscar una solución que permita el desarrollo y la protección de los vínculos existentes, instando al Ministerio Fiscal a que ejerce las acciones pertinentes para ello.

6.2. De la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución al reconocimiento de efectos jurídicos

En definitiva, la Sentencia del Tribunal Supremo solicita al Ministerio Fiscal que realice las acciones oportunas para determinar la correcta filiación de los menores, en favor de los mismos padres cuya filiación deniega, apuntando incluso alguna solución conforme a la legalidad existente, como la reclamación de la paternidad del padre biológico, si alguno de los recurrentes lo fuera, el acogimiento familiar o la adopción, si puede partirse de la ruptura de

⁷² Ibidem, Fundamento Jurídico Quinto, 7 y 8.

⁷³ Ibidem, Fundamento Jurídico Quinto, 10.

todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó⁷⁴. Además, no impone costas por las “serias dudas de derecho existentes”⁷⁵, recuerda que los recurrentes litigan en defensa de la legalidad de una Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado y, finalmente, considera relevantes los votos particulares de la Sentencia. Votos particulares que insisten en que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera, en cuyo Estado está legalmente permitido el acuerdo del que trae su causa; que el Estado de donde proviene la decisión de filiación es un Estado con el que España comparte ámbitos privilegiados de cooperación jurídica; que estos padres han ejercido su derecho a procrear; que no se puede subestimar la capacidad de consentir de la madre gestante; que el consentimiento de la madre gestante se hace ante una autoridad judicial, que vela porque se trate de una decisión libre; que tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente puede tratarse de explotación o cosificación; que el contrato de gestación por sustitución no puede afectar negativamente al interés superior del menor; finalmente, que de hecho están siendo inscritos niños en los registros civiles, partiendo de circunstancias similares a las de la inscripción cuestionada en la Sentencia⁷⁶.

Efectivamente, a partir de la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado, de 5 de octubre de 2010, se han regularizado en España algunas inscripciones de hijos nacidos a través de acuerdos de gestación por

⁷⁴ Fundamento Jurídico Quinto, 11 y 12. Estas posibilidades abiertas al reconocimiento la filiación de los menores serán las razones principales por las que el Tribunal Supremo deniegue la nulidad de esta Sentencia, solicitada tras el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Labassee y Menensson. En estos casos Francia rechazó categóricamente, no sólo la transcripción de las actas de nacimiento, sino también la petición subsidiaria de declaración de filiación biológica del padre y por posesión de estado de la madre. Cfr. Auto del Tribunal Supremo 02/02/2015.

⁷⁵ Fundamento Jurídico Sexto.

⁷⁶ Un detallado estudio sobre la situación de la gestación por sustitución en España, incluyendo la referida Sentencia del Tribunal Supremo, puede verse en L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre 2014, pp. 5-49 (www.uc3m.es/cdt). Cfr. A. J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8055, sección Doctrina, 26 de marzo de 2014, año XXXV, pp. 1-14. Cfr. I. I. INIESTA DELGADO “La cláusula de salvaguarda del interés superior del menor en la resolución de conflictos: a propósito de la inscripción registral de los nacidos en el extranjero por maternidad subrogada”, en J. A. AMADO (coord.), *Razonar sobre Derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 685-729.

sustitución en países cuya normativa lo permite, siempre que alguno de los padres/madres tengan la nacionalidad española. En esta Instrucción se establecieron los requisitos que se deben cumplir para acceder al registro civil español, en el caso de los nacimientos de niños en el extranjero cuyas madres gestantes, en virtud de un contrato, han renunciado a la filiación. El objetivo, que se propuso la norma, fue armonizar la plena protección jurídica del interés superior del menor –facilitando la continuidad transfronteriza de una resolución de filiación ya declarada, evitando que se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores y que se vulnerasen los derechos del menor a conocer su origen biológico–, con otros intereses presentes en estas prácticas y, muy especialmente, el de las mujeres que se prestan a ellas, renunciando a sus derechos como madres. Para hacer efectiva tal inscripción, se exigía una resolución judicial, dictada por tribunal competente, en la que se determine la filiación del nacido, sometida a controles de formalidad y comprobación de que no se hayan vulnerado los derechos del menor y de la madre gestante, en especial en cuanto a su capacidad y la prestación del consentimiento de forma libre y voluntaria. También que la resolución sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables o haya transcurrido, en su caso, el plazo de revocación y que en la documentación conste la identidad de la gestante⁷⁷. Después de la Sentencia del Tribunal Supremo, la Consulta de la Dirección General de Registros y Notariado de 11 de julio de 2014, indicó que la Instrucción seguía vigente. Su sustitución parecía que iba a producirse con la introducción un nuevo apartado en el artículo 44 de la Ley 20/2011 de Registro civil, previsto en el proyecto de Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, pero finalmente el precepto fue retirado⁷⁸.

⁷⁷ Varias han sido las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado en aplicación de esta Instrucción: 3 y 6 de mayo 2011, 9 de junio de 2011, 23 de septiembre de 2011, 12 y 22 de diciembre de 2011. Puede verse sobre este asunto A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, Sección Doctrina, 3 de octubre 2013.

⁷⁸ El precepto exigía la constancia de la filiación materna de la gestante, la correspondiente resolución judicial, con el debido exequátur, y señalaba que la norma tenía carácter de orden público. El establecimiento de estos requisitos en una norma con rango de ley, fue calificado como un “paso en la buena dirección”, ya que por mucho que una “Instrucción nos marque la pauta a seguir, nada, jurídicamente hablando se puede hacer si un juez te dice que para el exequátur la obligación tiene que ser lícita en España”, M. CORERA IZU, “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, núm. 8345, Sección Doctrina, 2 de julio de 2014, Año XXXV, p. 16. La necesidad de la intervención del legislador en esa materia había sido ya puesta de manifiesto,

Además de las inscripciones de las filiaciones en favor de los padres/madres comitentes, procedentes de acuerdos de gestación por sustitución, en sede judicial se han reconocido a esos padres y/o madres el derecho a la prestación por maternidad, por analogía de esta situación a la adopción o acogimiento y la consideración, como “prioritario y fundamental” en tales prestaciones, la atención o cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos afectivos, antes que la recuperación de la madre biológica tras el parto⁷⁹.

6.3. La necesidad de superar el ámbito del derecho interno: la protección de los derechos del menor

En este contexto de inscripciones ya realizadas, de derechos reconocidos derivados de las mismas y, especialmente, de aquellas aún pendientes, la Sentencia del Tribunal Supremo no ha venido, ni mucho menos, a disipar las incertidumbres al respecto. El asunto ha llegado ya al Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien, a través de las Sentencias de 26 de junio de 2014, no se limita a realizar una propuesta de cooperación entre los Estados, en atención al interés superior del menor, sino que, partiendo de la vulneración de los derechos del menor, impone obligaciones concretas al Estado. Así procederá a través de la condena a Francia por no reconocer la filiación de menores, nacidos en Estados Unidos mediando contratos de gestación por sustitución, a favor de los padres comitentes. Unas Sentencias que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución española, constituyen un marco de referencia interpretativa en relación a los derechos fundamentales garantizados en el texto constitucional.

En los casos que dan origen a las Sentencias, se tratan los asuntos del Sr. y la Sra. Menensson y del Sr. y la Sra. Labassee, dos parejas que han tenido a sus hijas en Estados Unidos a través de sendos acuerdos de gestación por sustitución, cuyo reconocimiento de filiación atribuida en aquel país a favor de los ciudadanos franceses les es negada en Francia, así como cualquier otra posibilidad de atribución de la filiación, al no aceptar tampoco la filiación biológica de los padres, ni la posesión de estado de sus esposas. Los demandantes alegan ante el Tribunal la vul-

entre otros, por A. DURÁN AYAGO, “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2012, p. 305.

⁷⁹ Cfr. Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm. 2310/2012, de 20 de septiembre; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4^a), núm. 668/2012, de 18 de octubre; Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm. 7985/2012, de 23 de noviembre.

neración del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, tanto en relación al derecho a su vida privada y familiar, como al de sus hijas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, comienza reconociendo a los Estados un amplio margen de apreciación en la regulación de la gestación por otra persona, habida cuenta de los interrogantes éticos que tal práctica suscita y la ausencia de consenso europeo sobre la cuestión. Sin embargo, tal margen de apreciación se reduce cuando, como este caso, se trata de cuestiones de filiación, ya que afectan a aspectos esenciales de la identidad de las personas. La cuestión se sitúa en el hecho de que negar el reconocimiento de filiación de las menores en favor de los padres comitentes afecta, tanto a las parejas demandantes como a las menores. En tales circunstancias habrá de determinar si la injerencia de las autoridades francesas en la vida privada y familiar de los implicados es admisible en una sociedad democrática, a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La conclusión será diferente según se trate de la incidencia de la medida del gobierno francés en aquellos derechos, al referirse a los padres/madres o a las hijas.

La Corte no estima que se haya producido una violación del derecho a la vida privada y familiar de los padres. Considera que, en ambos casos, ellos y ellas ejercen la paternidad y la maternidad, sin que nada sugiera que exista el riesgo de que sean separados de sus hijas con las que viven, de la forma habitual que lo hace cualquier otra familia. Su peculiar situación legal no les ha impedido el desarrollo de su vida familiar y, por tanto, no han sido afectados en sus derechos amparados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La posición del Tribunal es, sin embargo, distinta en relación al derecho a la vida privada de las menores. Respecto a ellas, dirá que la determinación legal de la filiación es imprescindible para poder construir y desarrollar aspectos sustanciales que configuran la propia identidad personal. Una identidad personal que, por otro lado, forma parte del concepto integral de vida privada. En este caso, pese a que las menores son reconocidas como hijas de los Mennesson y los Labassee en otro país, carecen del mismo estatus en el derecho francés, a pesar de que sus padres biológicos son franceses. Tal situación genera una incertidumbre “perturbadora”, susceptible de afectar negativamente a la determinación de su identidad en el seno de la sociedad francesa. La falta de reconocimiento legal de la filiación en favor de los ciudadanos franceses, afecta también negativamente a la nacionalidad y a los derechos sucesorios de las menores, privándolas así de otros componentes de su identidad.

Ahondando más en el asunto, recuerda el Tribunal que cuando se trata de establecer un equilibrio entre los intereses del Estado y de los indivi-

duos, cuando están implicados menores, su interés superior debe prevalecer. Puesto que la decisión de las autoridades francesas ha afectado significativamente a aquel interés superior, concluye que la decisión del Estado francés ha sobrepasado los márgenes de apreciación que son permisibles, infringiendo el derecho al respeto de la vida privada de las niñas, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁰.

Tres aspectos han de ser destacados en estas Sentencias a propósito de la vulneración de los derechos de las niñas a su vida privada: uno, la legalidad de los acuerdos de gestación por sustitución en el país donde se llevaron a cabo; otro, los padres que pretenden el reconocimiento de la filiación legal a su favor, lo son biológicamente; finalmente, Francia no da ninguna opción a la atribución de filiación de las niñas en favor de los ciudadanos franceses. No obstante, la ausencia del factor biológico no será un obstáculo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considere la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, en la Sentencia de 27 de enero de 2015⁸¹. En este caso, el matrimonio *Paradiso y Campanelli* realiza un contrato de gestación por sustitución en Rusia. Una vez nacido el niño, las autoridades rusas emiten el correspondiente certificado que reconoce al matrimonio contratante como sus padres. Por su parte, las autoridades italianas no sólo deniegan la inscripción en el Registro civil de dicho certificado por vulnerar el orden público internacional italiano, sino que tras ordenar una prueba de paternidad con resultado negativo, proceden a retirar la custodia del niño a la pareja y lo entregan a una casa de acogida, ponen en marcha un procedimiento de adopción considerando a los comitentes no aptos para adoptar y abren diligencias penales contra la pareja por diversos delitos.

El Tribunal Europeo, por una parte, reconoce la legalidad del proceso en Rusia. Por otra parte, en relación a la inexistencia de vínculo biológico entre los recurrentes y el niño, se apoyará en la jurisprudencia reiterada del

⁸⁰ CEDH 185/2014, 26.06.2014: *Mennenson c. France* (requête n° 65192/11) et *Labassee c. France* (requête n° 65941/11). Cfr. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/Pages/search.aspx#{"-sort":\["kpddate Descending"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/Pages/search.aspx#{). Sobre estas Sentencias cfr. M. A. PRESNO LINERA y P. JIMÉNEZ BLANCO, "Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pp. 35-44; Cfr. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre 2014, pp. 169-174 (www.uc3m.es/cdt).

⁸¹ [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150770#{"itemid":\["001-150770"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150770#{)

Tribunal relativa a que la protección del artículo 8 del Convenio alcanza a la vida familiar de facto, existan o no vínculos biológicos entre los miembros de la familia. Y, en consecuencia, admitirá que se ha producido una vulneración del respeto a la vida familiar al separar a los comitentes del menor. Añadirá el Tribunal que la referencia al orden público no puede ser una carta blanca que justifique cualquier medida sin tomar en consideración el interés superior del menor, con independencia de la naturaleza del vínculo genético, o de otro tipo, que una a los miembros de una familia. En este sentido, el alejamiento del menor de su contexto familiar ha de ser una medida extrema, a la cual sólo se debe recurrir como *ultima ratio*, justificada en su protección frente a un peligro inmediato, que no se justificó en este caso.

A juicio del Tribunal, el interés superior del menor ha de valorarse a pesar de la calificación jurídica de la gestación por sustitución en el país donde se pretenda el reconocimiento de los derechos amparados por el Convenio. Es más, afirmará que el interés superior del menor debe apreciarse al objeto de evitar que, por el hecho de haber nacido a través de un acuerdo de gestación, el niño pueda ser privado de sus derechos a la vida privada y familiar. No obstante, en este caso, el Tribunal no se pronunció sobre el reconocimiento del vínculo de filiación en Italia, puesto que este no fue el objeto de la reclamación y, pese a la vulneración del derecho a la vida familiar, no consideró que el niño debía reiniciar relaciones familiares con los demandantes, puesto que el niño ya estaba integrado en una nueva familia⁸².

7. LA NECESIDAD DE REGULAR LOS ACUERDOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Estas Sentencias aumentan aún más las posibilidades de doblegar a una naturaleza y a algunas normas que se resisten a reconocer como padres y

⁸² Sobre los tres casos tratados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cfr. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, octubre 2015, pp. 94-104 (www.uc3m.es/cdt); M. O. GODOY, "Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los Estados miembros en materia de subrogación uterina", en J. A. SANTOS, M. ALBERT y C. HERMIDA (eds.), *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016, pp. 255-264. A propósito del asunto italiano, cfr. J. MONTERONI, "Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Prudentia Iuris*, núm. 8, 2015, pp. 273-279.

madres a quienes tienen una firme voluntad de acceder, ejercer y ser reconocidos como tales. Pero, sobre todo, se pone de manifiesto la dificultad de poner límites a una materia compleja, plagada de valores y derechos, que se entrecruzan e interrogan, en una cultura arraigada, pero en la que se van produciendo cambios sustanciales, no exentos de paradojas y contradicciones.

Se asiste a situaciones novedosas, engarzadas en tradiciones y culturas, cada vez más plurales y cuestionadas, en las que se desafía y rehabilita la maternidad y la paternidad natural, en las que se reestructura la posición jurídica de padres y madres, en las que el cuerpo se fragmenta en partes y se disocia de la mente, en las que ciencia y la tecnología al servicio de la reproducción contribuye a su mercantilización, en las que los óvulos y embriones se convierten materiales “preciosos” y en las que el “útero” parece convertirse en un “espacio público” mientras se reivindica lo privado⁸³.

Del reto de afrontar estas novedades y dificultades depende la protección de algunas familias y, especialmente, de las personas que se encuentran en una situación más vulnerable: mujeres y menores. Soluciones como la existente en nuestro derecho, si bien pueden servir para minimizar los acuerdos de gestación, la realidad demuestra que no son útiles para evitarlos. A este respecto, sin discutir que la nulidad de los contratos de gestación por sustitución pueda tener como finalidad proteger los derechos de las mujeres y los menores, además de responder a arraigadas tradiciones sobre concepciones familiares y atribución de la filiación, lo cierto es que en los casos concretos la regulación existente acaba resultando perjudicial para quienes se pretende proteger: a unas madres, en el caso que no quieren serlo, y a unos hijos que merecen integrarse en el ámbito familiar de quienes los desean. Todo ello en el contexto de una legislación y una práctica social que concibe, cada vez más, la paternidad y la maternidad como un acto de elección y de voluntad, en lugar –o además– de como un hecho biológico; en el marco de unos avances científicos y técnicos que permiten suplir, sustituir o mejorar los elementos naturales de la reproducción, permitiendo la reproducción incluso en el marco de relaciones personales en los que naturalmente no es posible procrear; en un contexto en el que se trata de la libertad o, incluso, del derecho de reproducción, de la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de los derechos de los menores.

⁸³ E. PÉREZ SEDEÑO y A. SÁNCHEZ, “Asimetrías y olvidos en las tecnologías de Reproducción Asistida”, en E. PÉREZ SEDEÑO y E. ORTEGA ARJONILLA (eds.), *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*, Cátedra, Valencia, 2014, p. 239.

La regulación de los acuerdos de gestación, frente a la clandestinidad generada por la prohibición, permite someterlos a un control con el que tratar de evitar aquellos riesgos potenciales para los derechos de la mujer y de los menores. Existen muy variados ejemplos de regulación en otros países que, de una u otra manera, tratan precisamente de proteger a gestantes y a menores: la exigencia de autorización previa de los acuerdos, los requisitos para ser gestante y/o comitente, los diversos trámites para reconocer la filiación, las limitaciones en las compensaciones económicas, las cláusulas contractuales que pueden o no incluirse en los acuerdos, son algunas de ellas.

Por lo que se refiere a la situación en España, al menos, sería necesario establecer legalmente los requisitos para el reconocimiento de la filiación derivada de los acuerdos de gestación válidamente celebrados en el extranjero. Siendo cierto que el Tribunal Supremo, en línea con la legislación existente en este momento, deja abiertas algunas opciones –reclamación de la paternidad biológica, adopción y acogimiento–, habría que plantearse si estas soluciones son las que mejor satisfacen los derechos e intereses del menor⁸⁴. No se trata de buscar culpables de su situación, sino de que no sean los hijos quienes resulten más perjudicados por actos realizados por los adultos. En los casos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, ya existe una familia, una filiación determinada y, en base a ella, una identidad del menor, en definitiva, una vida privada y una vida familiar del menor que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado un deber para los Estados proteger. Nuestro Tribunal Supremo ha valorado todas estas circunstancias y ha decidido, conforme a ellas, la solución que ha considerado más ajustada a nuestra legalidad vigente. En esta situación, los cambios que al respecto deban o no producirse corresponde decidirlos al legislador.

M^a OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Departamento de Derecho Público.
Facultad de Derecho.
Universidad de Cantabria
Avda. de los Castros s/n
39005 Santander (Cantabria).
e-mail: maria.sanchez@unican.es

⁸⁴ Cfr. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., p. 93.